Die Verwirkung von Verfahrensrügen im Strafprozeß

Inauguraldissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

KARL GÖTZ KIDERLEN

1960

6514

Die Verwirkung von Verfahrensrügen im Strafprozess

Inauguraldissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen

Fakultät

(Rechtswissenschaftliche Abteilung)

der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Karl Götz Kiderlen

1960

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Obmann: Prof.Dr. Fritz Baur
1.Berichterstatter: Prof.Dr. Eduard Kern
2.Berichterstatter: Prof.Dr. Jürgen Baumann
Tag der mündlichen Prüfung: 29.Februar 1960

Fotodruck: Mikrokopie G.m.b.H. München 2, Weinstr. 4

Inhaltsübersicht

	Seite
§ 1. Einleitung	1
E r s t e r T e i l: Allgemeines	
Erster Abschnitt: Einführung	
§ 2. Geschichtliche Entwicklung des Problems; Behandlung in der Literatur	6
§ 3. Rügeverwirkung im Zivilprozess und im verwaltungsgerichtlichen Verfahren	12
§ 4. Verwirkung und Verzicht	14
Zweiter Abschnitt: Rechtsgrundlage der Rügeverwirkung	
§ 5. "Beruhen" i.S. von § 337 I StPO	2o
§ 6. Beschwer	27
§ 7. Grundsatz der Beschleunigung	3o
§ 8. Beschleunigung und Formenstrenge	36
§ 9. Grundsatz der Beschleunigung und Amtsmaxime	41
§ 1o. Rügeverwirkung hinsichtlich solcher fehlerhafter Prozessvorgänge, die nicht unter der Amtsmaxime stehen	53
§ 11. Rügeverwirkung wegen arglistigen Verhaltens	59
Dritter Abschnitt: Tatbestand der Rügeverwirkung	
§ 12. Kreis der verwirkbaren Verfahrensrügen	68
§ 13. Verwirkungsverhalten	72
§ 14. Zeitpunkt des Eintritts der Rügeverwirkung	74
§ 15. Stellung der verschiedenen Prozessparteien hinsichtlich einer Rügeverwirkung	75
§ 16. Rügeverwirkung durch den Verteidiger	78
§ 17. Rügepräklusion	81
§ 18. Rügeverzicht	84
Z w e i t e r T e i l: Rügeverwirkung bei einzelnen Gruppen von Verfahrensfehlern	87
Erster Abschnitt: Revisibilität von Mängeln im Verfahren ausserhalb der Hauptverhandlung	
§ 19. Revisibilität von Mängeln im Verfahren ausserhalb der Hauptverhandlung	88

Seite

Zweiter Abschnitt: Einzelne Fallgruppen der Rügeverwirkung

§ 2o. Fehlerhafte Behandlung von Beweisanträgen 94

§ 21. Beiordnung eines Verteidigers 99

§ 22. Mängel der Anklageschrift; unterbliebene Mitteilung der Anklageschrift 1o2

§ 23. Unterbleiben einer Voruntersuchung; Mängel der Voruntersuchung 1o4

§ 24. Mängel des Eröffnungsbeschlusses; unterbliebene Zustellung und Verlesung des Eröffnungsbeschlusses 1o7

§ 25. Vorweggenommene Teile der Hauptverhandlung 11o

§ 26. Zustimmung zur Verlesung von richterlichen Vernehmungsprotokollen 113

§ 27. Fehlerhafte sachleitende Anordnungen des Vorsitzenden 115

Zusammenfassung 122

Literaturverzeichnis

Alsberg-Nüse	Alsberg-Nüse, Der Beweisantrag im Strafprozess, 2.Aufl. Köln-Berlin 1956
Baumgärtel	Gottfried Baumgärtel, Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, ZZP 69,89
Baur	Fritz Baur, Zur "Beschwer" im Rechtsmittelverfahren des Zivilprozesses, Lent-Festschrift 1956 S.1
Beling	Ernst Beling, Deutsches Reichsstrafprozessrecht, Berlin-Leipzig 1928
Bennecke-Beling	Hans Bennecke und Ernst Beling, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozesses, Breslau 19oo
Birkmeyer	Karl Birkmeyer, Deutsches Strafprozessrecht, Berlin 1898
Bohne	Gotthold Bohne, Berichtigung des Hauptverhandlungsprotokolls und Verfahrensrüge, SJZ 49,76o
Dohna	Alexander Graf zu Dohna, Das Strafprozessrecht, 2.Aufl. Berlin 1925
Erbs	Georg Erbs, Handkommentar zur StPO, Frankfurt-Bonn 195o
Gage-Sarstedt	Gage-Sarstedt, Die Revision in Strafsachen, 3.Aufl. Essen 1954
Gerland	Heinrich Gerland, Der deutsche Strafprozess, Mannheim 1927
Haeberlin	Haeberlin, Sammlung der neuen deutschen Strafprozessordnungen, Greifswald, 1852
Hahn	Hahn, Die gesammten Materialien zur RStPO und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1.Februar 1877, Berlin 188o
Henkel	Heinrich Henkel, Strafverfahrensrecht, Ein Lehrbuch, Stuttgart-Köln 1953
Jescheck	Hans-Heinrich Jescheck, Die Verwirkung von Verfahrensrügen im Strafprozess, JZ 52,4oo
Kern	Eduard Kern, Strafverfahrensrecht, Ein Studienbuch, 5.Aufl. München-Berlin 1959
KMR	Kleinknecht-Müller, Kommentar zur StPO und zum GVG, mitbegründet von Reitberger, 4.Aufl. Darmstadt 1958

v.Kries	August von Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts, Freiburg 1892
Lent	Friedrich Lent, Die sachliche Rechtskraft der Gestaltungsurteile, ZZP 61,279
Löwe-Rosenberg	Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich, 2o.Aufl., hgg.von Niethammer in Gemeinschaft mit Geier, Jagusch, Kohlhaas, Schäfer, Sarstedt, Tillmann, Berlin 1958
Niese	Werner Niese, Prozessvoraussetzungen und -hindernisse und ihre Feststellung im Strafprozess, DRZ 49,5o5
Noack	Andreas Noack, Die Verwirkung von Verfahrensrügen im Strafprozess, Heidelb. ungedr. Dissertation, 1958
Peters	Karl Peters, Strafprozess, Ein Lehrbuch, Karlsruhe 1952
Rosenberg	Leo Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 7.Aufl. München-Berlin 1956
Rosenfeld	Ernst Heinrich Rosenfeld, Der Reichsstrafprozess, 4.Aufl. Berlin 1912
Sauer	Wilhelm Sauer, Grundlagen des Prozessrechts, 2.Aufl. Stuttgart 1929
Eb.Schmidt LK I,II	Eberhardt Schmidt, Lehrkommentar zur StPO und zum GVG, Göttingen, Teil I 1952, Teil II 1957
Eb.Schmidt ZStW 65	Eberhardt Schmidt, Von Sinn und Notwendigkeit wissenschaftlicher Behandlung des Strafprozessrechts, ZStW 65 (1953), 161
Rich.Schmidt	Richard Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 2.Aufl. Leipzig 19o6
Schwarz	Otto Schwarz, StPO, Gerichtsverfassungsrecht und Nebengesetze, 21.Aufl. München-Berlin 1959
Siebert	Wolfgang Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, Marburg 1934
Stock	Ulrich Stock, Strafprozessrecht, Tübingen 1952
Stock Mezger-Festschr.	Ulrich Stock, Das Ziel des Strafverfahrens, Mezger-Festschrift 1954 S.429
Tippelskirch	von Tippelskirch, Über den Verzicht in Strafsachen, GA 9 (1861), 577,649,721,793

Traub	Fritz Traub, Die Behandlung übergangener, nach § 219 StPO gestellter Beweisanträge, NJW 57,1o95
Wach	Adolf Wach, Struktur des Strafprozesses, Binding-Festgabe 1914 S.4
Wieczorek	Bernhard Wieczorek, ZPO und Nebengesetze, Berlin 1957
Wolff	OLGR Wolff, Verwirken der Verfahrensrüge durch den Angeklagten, NJW 53,1656

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549610_0015

§ 1. Einleitung

1. Zur Einführung in den Problemkreis der Verwirkung von Strafverfahrensrügen sei ein Beispiel an den Beginn der Untersuchung gestellt:
Der Verteidiger richtet Fragen an einen Zeugen. Der Vorsitzende weist eine dieser Fragen zu Unrecht als nicht zur Sache gehörig zurück (§ 241 II StPO). Obwohl der Verteidiger diese Massnahme des Vorsitzenden nicht für zulässig hält und weiss, dass er hiergegen gemäss § 242[1] die Entscheidung des Gerichts anrufen könnte, unternimmt er in der Hauptverhandlung nichts dagegen. In der Revisionsinstanz indessen rügt er diese unzulässige Zurückweisung seiner Frage und stützt hierauf die Revision.
Hätte der Verteidiger in der Hauptverhandlung gegen die Zurückweisung seiner Frage die Entscheidung des Gerichts angerufen, so hätte das fehlerhafte Verhalten des Vorsitzenden dadurch korrigiert werden können, dass das Gericht die Frage des Verteidigers für zulässig erklärte; der Verfahrensfehler wäre damit ohne weitere Verfahrensverzögerung beseitigt gewesen. Mit der Revisionsrüge jedoch begehrt der Verteidiger für den Angeklagten die Aufhebung des Urteils. Eine solche Aufhebung würde eine erneute Verhandlung vor dem Untergericht und damit eine mehrmonatige Verzögerung des Verfahrensabschlusses bedingen.
Es ist nun die Frage, ob das Unterlassen einer Rüge in der Hauptverhandlung dem Angeklagten schadet, ob die Revisionsrüge dadurch ausgeschlossen, verwirkt, ist, dass der Verteidiger es bewusst unterlassen hat, den Vorfall in der Hauptverhandlung selbst zu rügen, oder ob der Umstand, dass schon in der Hauptverhandlung hätte gerügt werden können, für die Revisionsrüge unerheblich und für den Angeklagten unschädlich ist.
Allgemeiner gefasst heisst die Fragestellung, ob eine Partei im Strafprozess einen Verfahrensfehler noch mit der Revision rügen kann, wenn sie den Fehler schon in der Hauptverhandlung

---

1) Paragraphen ohne nähere Bezeichnung sind solche der Strafprozessordnung.

der Tatsacheninstanz mit Aussicht auf Erfolg hätte rügen können.

II. Wenn ein Urteil in der Revisionsinstanz auf verfahrensrechtliche Mängel hin nachgeprüft wird, so geschieht dies nicht oder doch nicht allein, um die Einhaltung der Verfahrensvorschriften durch die Instanzgerichte zu überwachen. Ein Verfahrensverstoss führt - abgesehen von den Fällen der absoluten Revisionsgründe und des Fehlens von Prozessvoraussetzungen - nicht schon als solcher zur Aufhebung eines Urteils; hierzu ist vielmehr erforderlich, dass sich der Verstoss auf den Inhalt des Urteilsausspruchs ausgewirkt hat oder dass zumindest die Möglichkeit einer solchen Auswirkung nicht ausgeschlossen ist: das Urteil muss auf dem Verstoss "beruhen". Der Grund für die Revisibilität fehlerhafter Prozessvorgänge liegt also grundsätzlich nicht nur darin, dass das Verfahren Fehler aufweist, sondern zumindest ebensosehr darin, dass das Urteil infolge eines Verfahrensverstosses möglicherweise materiell unrichtig, ungerecht ist.
Auf diesem Hintergrund, dass nämlich die Revision wegen verfahrensrechtlicher Mängel indirekt der Vermeidung materiell unrichtiger Urteile dient, der Ausschluss einer Verfahrensrüge also der Sanktionierung eines u.U. materiell unrichtigen Urteils gleichkommt, erhält das Problem der Verwirkung von Verfahrensrügen im Strafprozess seine Bedeutung.
Die Frage der Verwirkung von Verfahrensrügen ist im Strafprozess - anders als im Zivilprozess (§ 295 ZPO) - nicht ausdrücklich geregelt. Bedenken bestehen gegen die Anerkennung einer solchen Verwirkungsmöglichkeit insbesondere deshalb, weil dadurch den Parteien ein Einfluss auf die Verfahrensgestaltung und indirekt ein Einfluss auf die Verwirklichung des materiellen öffentlichen Strafanspruchs eingeräumt wird, während sonst der öffentliche Strafanspruch weitgehend der Verfügung der Prozessparteien entzogen ist.
Diese Bedenken vermindern sich allerdings insofern, als die Rechtsprechung in aller Regel nur bei weniger bedeutenden und entscheidenden Verfahrensverstössen eine Verwirkungs-

möglichkeit anerkennt. Deshalb darf die praktische Bedeutung des Problems nicht überschätzt werden. Reizvoll und im Grundsätzlichen bedeutsam kann es aber sein, an Hand der Verwirkungsproblematik das Verhältnis verschiedener einander berührenden und überschneidenden Verfahrensgrundsätze zu untersuchen.

III. Die Bezeichnung "Verwirkung von Verfahrensrügen" könnte zu ungerechtfertigten Rückschlüssen aus dem in mancher Hinsicht verwandten, aber doch in entscheidenden Punkten andersartigen Gebiet der zivilrechtlichen Verwirkung verleiten. Besser wäre es, von einem "Rügeausschluss durch Versäumung rechtzeitiger Rüge" zu sprechen. Doch hat sich die Bezeichnung "Verwirkung" durchgesetzt.

1. Von der zu behandelnden Problematik auszuscheiden sind solche Fälle, in denen es nicht um den Verlust einer Verfahrensrüge, sondern um den Verlust sonstiger prozessualer Rechte geht, die nicht an einen Verfahrensverstoss anknüpfen. So bedeutet etwa die Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit (§ 24), die nur innerhalb der Frist des § 25 möglich ist, nicht die Rüge eines gesetzwidrigen Zustandes; denn die Mitwirkung eines abzulehnenden Richters wird erst auf Grund der Ablehnung selbst unzulässig (vgl.§ 338 Ziff.3). Entsprechend ist es mit dem befristeten Antragsrecht des § 140 I Ziff.2 und 5; hier wird die Mitwirkung eines Verteidigers erst auf einen fristgerecht gestellten Antrag hin notwendig. Wenn kein rechtzeitiger Antrag auf Beiordnung eines Verteidigers gestellt wird, liegt darin, dass kein Verteidiger am Verfahren teilnimmt, kein Verfahrensverstoss.[2)]
2. Von der Verwirkung von Rechten ist zu unterscheiden die Aufgabe prozessualer Rechte durch Willenserklärung. Ist der Rechtsverlust Folge einer wirksamen, hierauf gerichteten Willenserklärung, eines Verzichts, so ist für eine Verwirkung kein Raum mehr. Verzichtet der Angeklagte etwa auf die Einhaltung der Ladungsfrist (vgl.§ 217 III), so kann er infolge des Verzichts die Nichteinhaltung der Ladungsfrist nicht mehr rügen; die Frage der Rügeverwirkung stellt sich gar nicht mehr.

---

2) soweit ein Verteidiger nicht schon von Amts wegen beizuordnen ist.

Verwirkung kann nur dann in Frage kommen, wenn kein Verzicht vorliegt oder wenn ein Verzicht zwar vorliegt, aber unwirksam ist. Aus der Betrachtung auszuscheiden sind daher u.a. die Fälle des § 245 S.3 (Verzicht auf einzelne Beweiserhebungen), der §§ 252 I Ziff.4 und 325 (Verzicht auf unmittelbaren Beweiseinzug) und generell die Fälle des Verzichts auf Anträge und des Rügeverzichts.

3. Schliesslich kann auch die Frage, ob es Verfahrensnormen gibt, deren Verletzung mit der Revision - auch wenn das Urteil auf ihnen beruht - nicht geltend gemacht werden kann, und um welche Vorschriften es sich hierbei handelt,[3] ausgeklammert werden.

IV. Im einzelnen ist bei der Problematik der Verwirkung von Verfahrensrügen nahezu alles umstritten.

1. Es wird zunächst die Frage nach der Rechtsgrundlage der Verwirkung zu stellen sein; nämlich ob sich der Verwirkungsgedanke aus dem Begriff "Beruhen" in § 337 I herleiten lässt, d.h. ob bei Unterlassen einer rechtzeitigen Rüge durch eine Prozesspartei der Kausalzusammenhang zwischen Verfahrensverstoss und Urteilsinhalt entfällt, wie dies Rechtsprechung und Lehre zum Teil annehmen, ob die Lösung in der "Beschwer" als Voraussetzung eines Rechtsmittels zu sehen ist, ob in dem Gebot der Wahrung von Treu und Glauben, oder ob sie sich sonst aus dem Zusammenspiel verschiedener Prozessmaximen ergibt.

2. Eng mit der Frage nach dem Rechtsgrund verknüpft ist die Frage nach dem Kreis der der Verwirkung unterliegenden Verfahrensrügen. Zum Teil wird die Ansicht vertreten, verwirkbar sei die Rüge sämtlicher Verfahrensmängel, auch absoluter Revisionsgründe,[4] zum Teil wird die Rechtsfigur der Verwirkung für den Strafprozess überhaupt abgelehnt, zum Teil - und hierzu zählt die Mehrheit der Autoren und in der Regel auch die Rechtsprechung - wird eine Mittelmeinung

---

3) vgl. z.B. die Diskussion um die sog."Sollvorschriften"
4) z.B. Henkel S.435f., OLG Bremen GA 1953,87

vertreten, wonach eine Rügeverwirkung allenfalls bei Verfahrensfehlern anerkannt wird, die nicht gegen die tragenden Grundsätze des Strafprozesses verstossen.[5]

3. Auch über das Verwirkungsverhalten, das zu einer Rügeverwirkung führen soll, d.h. über die Anforderungen, die an die Parteien gestellt werden, wollen sie eine Rügeverwirkung vermeiden, gehen die Meinungen auseinander. Die Rechtsprechung lässt - im Ergebnis - eine Rügeverwirkung teilweise schon dann eintreten, wenn objektiv für die Partei die Möglichkeit bestand, einem Verfahrensfehler durch Hinweis an das Gericht oder durch Anträge und Beanstandungen abzuhelfen, ohne Rücksicht darauf, ob die Partei den Fehler und die Abhilfemöglichkeit erkannt hatte.[6] Andererseits wird vertreten,[7] dass ein Rügeverlust durch Verwirkung nur dann eintrete, wenn die Partei einen Verstoss durch eigenes Zutun mit herbeigeführt hat, um später darauf die Revision gründen zu können. In der Lehre gelten jedoch zumeist die Voraussetzungen der Verwirkung dann als erfüllt, wenn die Partei einen Verstoss als solchen erkannt und im Bewusstsein einer Abhilfemöglichkeit nichts zur Abhilfe unternommen hat.[8]

Diesen Problemen gilt es im einzelnen nachzugehen.

---

5) z.B. Jescheck GA 1953,89; Wolff NJW 53,1658; Eb.Schmidt LK II N 66f zu § 337

6) vgl. etwa die Rechtsprechung zu § 238 II (s.u.S.115)

7) Jescheck JZ 52,403

8) vgl. die Nachweise u.S.58 Anm.12

Erster Teil: Allgemeines

Erster Abschnitt: Einführung

§ 2. Geschichtliche Entwicklung des Problems; Behandlung in der Literatur

I. Die geschichtlichen Wurzeln der Verwirkungsproblematik wurden in einer Abhandlung von Jescheck[1] eingehend aufgezeigt. Im Folgenden muss daher eine kurze, zusammenfassende Darstellung genügen.

1. Ein erster Anknüpfungspunkt findet sich in den Strafprozessordnungen des Partikularrechts des 19. Jahrhunderts. Dort wurde zum Teil die - unserer heutigen Revision entsprechende - Nichtigkeitsbeschwerde bei bestimmten, im Gesetz einzeln aufgeführten Verfahrensmängeln dann versagt, wenn die Mängel nicht zuvor beanstandet worden waren; der Mangel sollte "als durch Verzicht beseitigt angesehen werden".[2] Zum Teil waren auch die Rügen von Fehlern bestimmter Verfahrensabschnitte allgemein ausgeschlossen, wenn die Fehler nicht in der Verhandlung beanstandet worden waren.[3]
Das preussische Strafprozessrecht kannte keine ausdrückliche Bestimmung über eine Rügeverwirkung. Hier ging jedoch die Rechtsprechung des preussischen Obertribunals dahin, dass

---

1) JZ 52,4oo

2) vgl.Art.213 I StPO für Sachsen von 185o (Häberlin S.795), § 246 österreichische StPO von 185o (Häberlin S.132).

3) § 291 II Badische StPO von 1845 (Häberlin S.4o9): "Die Nichtigkeiten, die sich auf das der Schlussverhandlung vorausgegangene Verfahren beziehen, können jedoch nicht mehr geltend gemacht werden, wenn sie dem Angeschuldigten bei der Schlussverhandlung schon bekannt waren, und von ihm hierbei nicht gerügt wurden". - § 158 II StPO für Braunschweig von 1849 (Häberlin S.746): "Über die Legalität des öffentlichen Hauptverfahrens entscheidet lediglich das Sitzungsprotokoll und etwaige Verstösse, welche die Parteien nicht gerügt und deren Beurkundung durch die erforderliche Bemerkung im Protokoll sie nicht beantragt haben, finden keine Berücksichtigung."

Verfahrensverstösse nur dann zur Aufhebung des Urteils führen könnten, wenn das Urteil auf ihnen beruhte,[4] und dass bei Schweigen des Beschwerdeführers trotz Beanstandungsmöglichkeit in der Hauptverhandlung ein stillschweigender Rügeverzicht anzunehmen sei und infolge dieses Verzichts bei bestimmten Verfahrensverstössen das Beruhen des Urteils auf dem Verstoss zu verneinen sei.[5]

2. Die Motive zur RStPO äussern sich selbst zum Problem der Verwirkung: "Der Entwurf brauchte vermöge der von ihm in § 300 (heute: § 337 I) aufgestellten Regel nicht besonders vorzuschreiben, dass der Beschwerdeführer die Revision nicht auf die Beschränkung einer prozessualen Befugnis gründen könne, wenn er durch sein eigenes Verhalten zu erkennen gegeben hat, dass er die Beschränkung für eine ihm nachteilige nicht erachte."[6]
Die Motive schliessen sich damit den vom preussischen Obertribunal entwickelten Grundsätzen an, dass in diesen Fällen das Urteil nicht auf dem Verstoss beruhe. Sie anerkennen dabei einen Rügeausschluss nur insoweit, als es bei dem Verfahrensverstoss um eine Beschränkung prozessualer "Befugnisse" der Parteien geht.

3. In der älteren Literatur erkennt Birkmeyer[7] eine - als stillschweigender Verzicht aufgefasste - Verwirkungsmöglichkeit an, wenn der Verfahrensverstoss in der Hauptverhandlung "hätte mit Erfolg gerügt werden können und nicht gerügt worden ist;" der Verstoss sei damit schon vor dem Urteil geheilt worden, das angefochtene Urteil beruhe also nicht mehr darauf.[8] Nach Stenglein[9] ist es bei den meisten Verteidigungsbehelfen notwendig, dass deren Verletzung vom

---

4) Diese Rechtsprechung wurde in § 337 I StPO übernommen, wonach die Revision nur darauf gestützt werden kann, dass das "Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe".

5) vgl. Tippelskirch GA 9 (1861),649

6) Hahn S.252

7) Birkmeyer S.715

8) Allerdings meldet Birkmeyer, S.133 Anm.6, insofern Bedenken an, als das Reichsgericht "in der Zulassung prozessualer Dispositionen - insbesondere von Verzichtsleistungen des Beschuldigten auf die Rüge prozessualer Mängel - bisweilen bedenklich weit" gehe und "so den Parteien eine indirekte Verfügung über den Gegenstand des Strafprozesses selber" einräume.

Angeklagten in der Hauptverhandlung gerügt, eine Abhilfe jedoch nicht erlangt wurde, weil sonst anzunehmen sei, dass der Angeklagte darauf verzichtet oder ein Gewicht auf die Einhaltung der Vorschrift nicht gelegt hat. Schwarze[10] verneint die Möglichkeit eines Rügeverzichts und damit auch einer - als Verzicht aufgefassten - Rügeverwirkung jedenfalls dann, wenn es um die Verletzung wesentlicher Förmlichkeiten geht.

4. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts liegt im wesentlichen auf der vom preussischen Obertribunal und von den Motiven vorgezeichneten Linie. Sie betrifft in der Hauptsache nur Verfahrensverstösse aus dem Vor- und Zwischenverfahren (etwa: fehlerhafte Behandlung von Beweisanträgen i.S. des § 201 I; Unterbleiben der Zustellung der Anklageschrift), ausserdem verhältnismässig nebensächliche Verstösse aus dem Verfahren der Hauptverhandlung (etwa: fehlerhafte sachleitende Anordnungen des Vorsitzenden).[11]

II. Im neueren Schrifttum findet die Frage der Rügeverwirkung steigende Beachtung. Neben den Strafprozesskommentaren - KMR, Eb.Schmidt, Löwe-Rosenberg, Schwarz - wird sie auch im Strafprozesslehrbuch von Henkel behandelt. An monographischen Abhandlungen sind Aufsätze von Jescheck und Wolff erschienen, sowie eine Dissertation von Noack.

1. Jescheck kommt in seiner grundlegenden Abhandlung zu folgendem Ergebnis:[12]

a) Er verneint ein prozessuales Dispositionsrecht des Angeklagten oder Verteidigers. Ein Verzicht des Angeklagten auf Einhaltung von Verfahrensvorschriften durch das Gericht sei vor Rechtskrafteintritt ohne Bedeutung (abgesehen von den Fällen, in denen das Gesetz für bestimmte Formverstösse der benachteiligten Partei eine prozessuale Befugnis, z.B. Antrag auf Aussetzung der Hauptverhandlung, einräumt). Dagegen könne auf einzelne Anträge - auch durch schlüssiges Verhalten - verzichtet werden.

---

9) Stenglein S.392

10) Hdb.des dt.Strafprozessrechts in Holtzendorffs Enz., 1879, S.312

11) Vgl. die Zusammenstellung bei Jescheck JZ 52,402

12) JZ 52,400

b) Wenn der Beschwerdeführer es unterlassen habe, einen ihm bekannten Prozessverstoss in der Hauptverhandlung zu rügen, so folge daraus nicht ohne weiteres, dass das Urteil auf dem Verstoss nicht beruhen kann. Die Frage des Beruhens sei vielmehr von einem objektiven Standpunkt aus zu prüfen. Das Verhalten des Beschwerdeführers werde zwar u.U. dahin ausgelegt werden können, dass er die eingetretenen Beschränkungen der Verteidigung selbst nicht für nachteilig gehalten habe; dies könne jedoch nur als Indiz für die Frage des Beruhens herangezogen werden.

c) Das Gebot von Treu und Glauben im Prozess führe zur Unzulässigkeit der Revisionsrüge, wenn ausnahmsweise festzustellen sei, dass der Beschwerdeführer den Formfehler durch eigenes Zutun mitherbeigeführt hat in der Absicht, hierauf später die Revision zu gründen. Doch müssten[13] als unverzichtbar und unverwirkbar mit Sicherheit alle Verfahrensgrundsätze gelten, die der Gesetzgeber als absolute Revisionsgründe aus dem Kreis der sonstigen Verfahrensnormen herausgehoben habe.

2. Auch Eb.Schmidt[14] beschränkt die Möglichkeiten einer Rügeverwirkung weitgehend. Von vornherein ausgeschlossen sei die Rügeverwirkung dann, wenn sie betrifft das Fehlen von Prozessvoraussetzungen (mit Ausnahme der §§ 16, 269), die Verletzung von § 136a (dies ergebe sich aus § 136a III) und Verstösse gegen diejenigen Bestimmungen, deren Verletzung einen absoluten Revisionsgrund nach § 338 darstellt. Aber auch unter dieser Einschränkung könne eine allgemeine Verwirkungsmöglichkeit nicht anerkannt werden. Eine Verwirkung von Verfahrensrügen sei höchstens dann anzunehmen,[15] wenn sie Förmlichkeiten betrifft, die wegen ihrer geringen Bedeutung für Wahrheit und Gerechtigkeit verzichtbar sind. Doch könne die Frage nur von Fall zu Fall entschieden werden. Hinsichtlich der subjektiven Voraussetzungen der Verwirkung müsse das Gericht vor allem beim Angeklagten mit dessen Unsicherheit, Benommenheit und Unkenntnis prozessualer Möglichkeiten rechnen. Strengere Massstäbe seien - mit Vorsicht - beim rechtskundigen Verteidiger anzulegen.

---

13) GA 1953,88

14) LK II N 64-67 zu § 337

15) im Anschluss an Jescheck GA 1953,89

3) Löwe-Rosenberg[16] lehnt überhaupt einen allgemeinen Grundsatz der Rügeverwirkung selbst verzichtbarer Verfahrensrügen ab. Ein solcher Grundsatz widerspreche der öffentlichen Bedeutung der richterlichen Verfahrenspflichten. Ein Rügeausschluss sei allenfalls dann anzunehmen, wenn der Beschwerdeführer es unterlassen habe, einen ihm bekannten Verstoss gegen eine Verfahrensnorm im Vorverfahren in der Hauptverhandlung zu rügen oder zum Anlass eines Antrags zu machen, oder wenn er gegen eine sachleitende Anordnung des Vorsitzenden nicht nach § 238 II die Entscheidung des Gerichts angerufen habe.

4) Im Anschluss an Jescheck erkennt Kleinknecht[17] eine Rügeverwirkung durch arglistiges Verhalten an, wenn der Beschwerdeführer den Verstoss durch eigenes Zutun mitherbeigeführt hat in der Absicht, sich einen Revisionsgrund zu verschaffen, allerdings nur bei "verzichtbaren" Verfahrensnormen. Auf der andern Seite kennt er eine Rügeverwirkung für den Fall, dass der Beschwerdeführer in der Hauptverhandlung auf die Einhaltung einer Verfahrensvorschrift verzichtet hat, aber auch hier wieder nur bei Verstössen gegen "verzichtbare" Normen. Er bekämpft - wie schon Jescheck - die Neigung der Rechtsprechung, die Rügeverwirkung mit fehlendem Kausalzusammenhang zwischen Urteil und Verstoss zu begründen. - "Unverzichtbar" seien u.a. die durch § 338 geschützten Normen, die Vorschriften über Prozessvoraussetzungen, über die Erteilung des letzten Wortes, über die Zeugenvereidigung.

5) Wolff[18] lässt demgegenüber dem Verwirkungsgedanken weiten Raum. Dem Angeklagten sei die Revisionsrüge zu versagen, "wenn er weiss oder wissen muss, dass gegen Verfahrensnormen verstossen ist, er ausreichende Gelegenheit hat, sich gegen den Verstoss zu wehren, und er trotzdem untätig bleibt, weil er offensichtlich den Verstoss nicht für bedeutungsvoll hält". Dies soll allerdings nicht gelten für die von Wolff so genannten "grundlegenden" Verfahrensnormen, wie die durch § 338 geschützten Normen, die Normen über das letzte Wort, die notwendige Verteidigung, über den Eröffnungsbeschluss, über die

---

16) Jagusch bei Löwe-Rosenberg N 7c zu § 337

17) KMR N 1o zu § 337

18) NJW 53,1656

Zeugenvereidigung, § 136a. Diese Normen will Wolff wegen ihrer Bedeutsamkeit für ein rechtsstaatliches Verfahren von einer Verwirkungsmöglichkeit ausgenommen sehen. Im übrigen begründet Wolff die Verwirkung damit, dass das Gesetz dem Angeklagten zahlreiche Fristen setze, bei deren Versäumung er prozessuale Rechte verliere; auf der andern Seite gebe das Gesetz dem Angeklagten stets Gelegenheit, sich mit Einwänden und Anregungen Gehör zu verschaffen, so dass er auch die Folgen verpasster Gelegenheiten zu tragen habe; ausserdem sei dem Angeklagten ja schon vom Gesetz ausdrücklich ein bedeutsames prozessuales Verfügungsrecht insofern eingeräumt, als er auf dem Weg über die Rechtsmitteleinlegung selbst entscheiden könne, ob ein fehlerhaftes Urteil Bestand haben soll oder nicht; eine prozessuale Verfügungsbefugnis des Angeklagten sei dem Gesetz also nicht unbekannt.

6. Denkbar weitgehende Möglichkeiten der Rügeverwirkung lässt Henkel[19] zu. Ohne nähere Begründung stellt er verschiedene Thesen auf:

a) Die Staatsanwaltschaft verwirke ihr Rügerecht (offenbar bei allen Verstössen), wenn sie ihr bekannte Verstösse in der Hauptverhandlung nicht gerügt hat, da sie durch Unterlassen eines Hinweises ihre Mitwirkungspflicht verletzt habe.

b) Der Beschuldigte verwirke sein Rügerecht (offenbar wieder bei sämtlichen Verstössen), wenn er oder sein Verteidiger es unterlassen hat, den ihm in seiner rechtlichen Bedeutung bekannten Mangel durch eine ihm eingeräumte Prozesshandlungsbefugnis (Verschaffung von Gehör, Beanstandung, Antragstellung) zu rügen, wenn er sich durch den Fehler nicht für beschwert hielt, wenn er den Fehler durch eigenes Zutun mitherbeigeführt hat, um später darauf die Revision stützen zu können.

7. Schwarz[20] schliesslich nimmt, ohne weiter zu differenzieren, eine Rügeverwirkung dann an, wenn der Beschwerdeführer in der Hauptverhandlung einen ihm bekannten Verstoss nicht gerügt hat.

---

19) S.435f.

20) N 3A zu § 337

8. Die neueste Behandlung erfuhr das Problem durch eine Dissertation von Noack.[21] Nach Noack gibt es keinen allgemeinen Satz, dass und wann Verfahrensrügen verwirkt werden können. Es sei von Fall zu Fall zu prüfen, ob etwa ganz besondere Umstände es rechtfertigen, den Angeklagten, der nach Belehrung in vollem Bewusstsein der Rügemöglichkeit schweigt, "so zu behandeln, als habe er einen Verzicht auf die Verfahrensrüge ausgesprochen". Das sei aber nur soweit zulässig, als es sich um eine verzichtbare Verfahrensrüge handle.[22] Für ausgeschlossen hält Noack eine Verwirkungsmöglichkeit insoweit, als es sich um das Fehlen von Prozessvoraussetzungen, um absolute Revisionsgründe und die Verletzung von bestimmten Einzelvorschriften (wie §§ 136a, 243 II, 247 I 3, 69, 59, 252, 429c II, 258 II) handelt.[23]

§ 3. Rügeverwirkung im Zivilprozess und im verwaltungsgerichtlichen Verfahren

I. Die Frage der Verwirkung von Verfahrensrügen ist im Zivilprozess durch § 295 ZPO - anders als im Strafprozess - ausdrücklich geregelt.
§ 295 unterscheidet zwischen Rügeverzicht und Rügeverwirkung. Hiernach kann ein Verfahrensverstoss nicht mehr gerügt werden, tritt also ein Rügeverlust ein, "wenn die Partei auf die Befolgung der Vorschrift verzichtet" (Rügeverzicht)[1] oder "wenn sie bei der nächsten mündlichen Verhandlung, die auf Grund des betreffenden Verfahrens stattgefunden hat oder in der darauf Bezug genommen ist, den Mangel nicht gerügt hat, obgleich sie erschienen und ihr der Mangel bekannt war

---

21) Noack, Die Verwirkung von Verfahrensrügen im Strafprozess, Heidelb. ungedr. Diss., 1958

22) Noack S.1o3

23) Noack S.26ff.

1) Es ist hier ein Rügeverzicht gemeint; denn im Voraus kann auf die Befolgung einer Vorschrift nicht verzichtet werden, sondern nur nachträglich "auf die Berücksichtigung oder die Geltendmachung eines bereits erfolgten Verstosses" (Rosenberg § 75 II 2a; vgl.RGZ 133,218; 135,119).

oder bekannt sein musste" (Rügeverwirkung).
Bei der Rügeverwirkung ist ein Verzichtswille nicht verlangt; dann läge schon ein Rügeverzicht vor. Es ist auch nicht erforderlich, dass die Partei die Gefahr des Rügeverlustes gekannt hat.[2] Der Rügeverlust tritt ein, wenn die Partei den Verstoss in tatsächlicher Hinsicht gekannt hat oder gekannt haben muss; ob sie ihn in seiner rechtlichen Bedeutung erkannt hat, ist unerheblich.[3] Beruft sich eine Partei auf Unkenntnis des Verstosses, so hat sie mangelndes Verschulden hinsichtlich der Unkenntnis nachzuweisen.[4]
Der Rügeverlust tritt jedoch nur bei verzichtbaren Rügen ein (§ 295 II ZPO). Unverzichtbar sind dabei die Rügen von Normen, "deren Einhaltung im öffentlichen Interesse liegt".[5] Nach der Rechtsprechung handelt es sich dabei um Vorschriften aus dem Gerichtsverfassungsrecht, insbesondere über die Besetzung des Gerichts, die Ausschliessung vom Richteramt, die Rechtswegzuständigkeit, um Vorschriften über Partei-, Prozess- und Postulationsfähigkeit, über die Zulässigkeitsvoraussetzungen für Rechtsmittel u.a.m.[6]

II. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren findet der § 295 ZPO zugrundeliegende Gedanke entsprechende Anwendung. Nach einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12.2.1959[7] können bestimmte Verfahrensfehler mit der Revision nur dann gerügt werden, wenn sie zuvor im Verfahren der Instanz gerügt worden sind. Dies ergebe sich aus allgemeinen Grundsätzen des Prozessrechts, "das die Erarbeitung einer allen Beteiligten zumutbaren Entscheidung zum Gegenstand hat und deshalb auf die Mitarbeit aller Beteiligten angewiesen ist".

III. Die Regelung des § 295 ZPO kann - darüber besteht Einigkeit[8] -

---

2) Wieczorek N C II d 3 zu § 295
3) Wieczorek aaO
4) Wieczorek aaO
5) Rosenberg § 75 I 2
6) vgl.i.e. Rosenberg aaO
7) DÖV 59,349
8) KMR N 1oc zu § 337; Eb.Schmidt LK II N 64 zu § 337; Niese DRZ 49,5o6; JZ 53,221; Jescheck JZ 52,4o1; Henkel S.435; Noack S.5

nicht als solche, etwa im Wege der Analogie, auf den Strafprozess übertragen werden. Dafür sind die Strukturunterschiede zwischen Strafprozess und Zivilprozess - hier Amtsmaxime, dort Dispositionsmaxime - zu gross, dafür sind aber auch die dem Verfahren zugrundeliegenden Streitgegenstände zu verschieden: im Strafprozess der grundsätzlich der Verfügung der Parteien entzogene öffentliche Strafanspruch, im Zivilprozess der grundsätzlich zur Verfügung der Parteien stehende Privatanspruch. Auch das gegenseitige Verhältnis der Parteien ist im Strafprozess ein ganz anderes als im Zivilprozess.

Auch die Handhabung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren lässt keine direkten Rückschlüsse auf den Strafprozess zu. Zwar ähnelt das verwaltungsgerichtliche Verfahren insofern dem Strafprozess, als auch hier die Untersuchungsmaxime herrscht; das Verwaltungsgericht erforscht den Sachverhalt von Amts wegen und ist an das Vorbringen unddie Beweisanträge der Parteien nicht gebunden.[9] Jedoch gibt das verwaltungsgerichtliche Verfahren den Parteien sehr viel mehr Einfluss auf das Verfahrensergebnis als der Strafprozess: die Parteien haben hier durch ihre Sachanträge bestimmenden Einfluss auf das Urteil.

Ob der Gedanke der Rügeverwirkung sich aus allgemeinen - und damit auch für den Strafprozess geltenden - Prozessgrundsätzen ergibt, wie dies das Bundesverwaltungsgericht annimmt, das muss für den Strafprozess besonders untersucht werden.

§ 4. Verwirkung und Verzicht

Zwischen dem Tatbestand der Rügeverwirkung und dem des strafprozessualen Verzichts wird vielfach wenig oder gar nicht unterschieden.[1] Teilweise wird die "Rügeverwirkung"

---

9) § 63 VGG, § 61 MRVO Nr.165, § 38 I BVerwGG

1) Darüber, dass auch im zivilrechtlichen Bereich anfangs zwischen Verzicht und Verwirkung nicht streng unterschieden wurde, vgl. Siebert S.4.

auch als Oberbegriff für Rügeverzicht und sonstige Fälle des Rügeverlustes angesehen.[2] Eine solche Unterscheidung erscheint jedoch notwendig; denn die Fälle des Verzichts auf prozessuale Rechte, insbesondere des Rügeverzichts, und die hier unter Verwirkung begriffenen Fälle weisen grundsätzliche Verschiedenheiten auf, die eine gemeinsame Behandlung nicht erlauben.

I.1. Liegt ein wirksamer prozessualer Verzicht vor, dann kann von einer Rügeverwirkung in dem hier verstandenen Sinn, d.h. von einem Rügeausschluss durch Versäumen rechtzeitiger Rüge, nicht mehr die Rede sein. Denn infolge des Verzichts steht der verzichtenden Partei gar keine Rüge mehr zu, die sie verwirken könnte.
Handelt es sich bei dem Verzicht z.B. um einen Verzicht auf prozessordnungsgemässe Bescheidung eines zurücknehmbaren Antrags, dann ist dieser Verzicht als Antragszurücknahme anzusehen; in der Nichtbescheidung des Antrags - etwa eines zurückgenommenen Beweisantrags - liegt dann gar kein Verfahrensverstoss, auf den eine Rüge gestützt werden könnte.[3] Für eine Rügeverwirkung ist also kein Raum mehr.
Handelt es sich um einen Verzicht auf Einhaltung von dispositiven - zur Verfügung der Parteien stehenden - Verfahrensnormen, so ist in der Nichteinhaltung dieser Normen wiederum kein Verfahrensverstoss zu sehen, da die Nichteinhaltung eben auf Grund des Verzichts gerechtfertigt ist.[4] Haben etwa die Beteiligten gemäss § 251 I Ziff.4 auf die unmittelbare Vernehmung eines Zeugen verzichtet, so kann entgegen § 250, der die unmittelbare Vernehmung von Beweispersonen vorschreibt, grundsätzlich ein richterliches Vernehmungsprotokoll verlesen werden.
Handelt es sich um einen Rügeverzicht, d.h. erklärt eine Partei nachträglich, aus einer Verfahrensverletzung keine Rechte ableiten zu wollen, so ist - wenn der Verzicht

---

2) KMR N 1b zu § 337; Eb.Schmidt LK II N 64ff. zu § 337

3) vgl. RG 75,'68

4) vgl. RG JW 29,865; JW 26,2760; Eb.Schmidt LK II N 65 zu § 337

wirksam ist - der Grund des Rügeverlustes in der hierauf gerichteten Verzichtserzichtserklärung zu sehen, und es wäre wenig einleuchtend, von "Verwirkung" zu sprechen. Ist der Verzicht jedoch unwirksam[5], dann kann ein etwaiger Rügeverlust seinen Grund auch nicht in dem Verzicht als solchem haben, sondern allenfalls darin, dass die Partei trotz Kenntnis des Verfahrensfehlers nichts zu dessen Abhilfe unternommen hat oder dass sie den Verstoss durch - unwirksamen - Verzicht mitherbeigeführt oder dessen Abhilfe verhindert hat. Es wäre also auch hier nicht zulässig, von "Verwirkung durch Verzicht" zu sprechen; die Verwirkung wäre höchstens in einem Verhalten der Partei begründet, das gleichzeitig eine - unwirksame - Verzichtserklärung beinhaltet.

2.a) Die Folgen einer unklaren Unterscheidung zwischen Verwirkung und Verzicht zeigen sich bei Kleinknecht.[6] Dort werden typische Fälle der Rügeverwirkung als Rügeverzicht angesehen, wobei Kleinknecht sich mit Voraussetzungen begnügt, die allenfalls zur Annahme einer Rügeverwirkung führen könnten, und er insbesondere keinen besonderen Nachweis eines Verzichtswillens des Verzichtenden verlangt.

b) Das Reichsgericht behandelte typische Fälle, in denen eine Rügeverwirkung in Frage kommen könnte, zum Teil ebenfalls unter dem Gesichtspunkt des Verzichts. Die Formulierung geht dort etwa dahin, dass eine Partei die Revisionsrüge verliert, wenn sie den ihr bekannten Verfahrensverstoss in der Hauptverhandlung nicht rügt; denn die Partei habe durch die Nichtrüge zu "erkennen gegeben, dass sie den gesetzlichen Verstoss für einen sie benachteiligenden nicht erachtete und dass sie (mit dem Verfahren) einverstanden sei".[7] Dieses "zu erkennen geben" der Partei wird offensichtlich als stillschweigende Verzichtserklärung aufgefasst, wobei aber nach einem Verzichtswillen nicht gefragt wird. Eindeutig als Annahme eines Verzichts anzusehen ist, wenn es heisst,

---

5) Zu der Frage, wann ein Verzicht beachtlich ist, vgl.u.S.84

6) KMR N 1oc zu § 337

7) RG 1o,59; ähnlich RG 32,81; BGH 1,325

dass der Angeklagte durch die Nichträge eines Verstosses in der Hauptverhandlung "deutlich zu erkennen gegeben" hat, dass er "auf die gedachten Verletzungen kein Gewicht lege und darauf verzichte, sie zu seinen Gunsten geltend zu machen",[8] oder wenn schlichtweg aus der Tatsache der Nichtbeanstandung geschlossen wird, dass die Partei "auf die Beobachtung ... der Gesetzesvorschrift verzichtet" hat.[9] Noch der Bundesgerichtshof folgert einmal allein aus dem Untätigsein des durch einen Anwalt vertretenen Angeklagten einen Rügeverzicht.[10]

c) Schon die Motive zur RStPO scheinen die Rügeverwirkung als eine Art Verzicht aufgefasst zu haben; denn nach deren Wortlaut[11] beruht das Urteil nicht auf der Beschränkung einer prozessualen Befugnis, ist die Rüge also ausgeschlossen, wenn der Beschwerdeführer "durch sein eigenes Verhalten zu erkennen gegeben hat, dass er die Beschränkung für eine ihm nachteilige nicht erachte"; dabei dürfte das "zu erkennen geben" auch hier wieder als Verzichtserklärung zu verstehen sein.

II. Entscheidendes Merkmal des prozessualen Verzichts ist sein Charakter als Willenserklärung, nämlich der auf den Verlust eines prozessualen Rechts gerichteten Erklärung, während es bei der Verwirkung um ein lediglich faktisches Verhalten geht, nämlich darum, dass eine Partei eine gegebene Möglichkeit zur Abhilfe eines Verfahrensverstosses nicht ausgenutzt hat. Hiernach hat auch die gegenseitige Abgrenzung von Verwirkung und Verzicht zu erfolgen.
Geschieht ein prozessualer Verzicht durch ausdrückliche Erklärung, so macht die Unterscheidung zur Verwirkung keine

---

8) RG Rspr.3,485

9) RG GA 46,338

10) BGH, mitgeteilt bei Dallinger MDR 52,532 zu § 217. In diesem Fall, wo es um die Nichteinhaltung der Ladungsfrist ging, hätte es zur Aufrechterhaltung des Urteils gar keiner Verzichtskonstruktion bedurft; vielmehr hätte es schon genügt festzustellen, dass der Beschuldigte nicht gemäss § 217 II Aussetzung der Verhandlung beantragt hatte

11) Hahn S.252

Schwierigkeiten. Anders ist es beim stillschweigenden Verzicht; hier sind die Grenzen - nicht im Grundsätzlichen, wohl aber im Praktischen - fliessend, und es kann im einzelnen Fall schwierig sein festzustellen, ob tatsächlich eine stillschweigende Erklärung des Rechtsträgers vorliegt. Dagegen, dass prozessuale Erklärungen, und damit auch Verzichtserklärungen, grundsätzlich auch stillschweigend erfolgen können, soweit das Gesetz nicht Ausdrücklichkeit vorschreibt, bestehen keine Bedenken.[12)]

Bei einem Verzicht muss ein Verzichtswillen der Partei irgendwie zum Ausdruck gekommen sein. Eine stillschweigende "Kundgabe eines Verzichtswillens"[13)] liegt nicht schon darin, dass die Partei eine Beschränkung ihrer prozessualen Befugnisse geschehen lässt, ohne etwas dagegen zu unternehmen; denn es wäre nicht ausgeschlossen, dass die Partei eine Beschränkung ihrer Rechte gar nicht erkennt, oder aber dass sie die Beschränkung erkennt, aber keine Möglichkeit zur Abhilfe sieht.[14)] Mindestvoraussetzung für einen Verzicht ist vielmehr, dass die Partei "den Mangel und ihre prozessuale Abwehrbefugnis gekannt hat."[15)]

Unterlässt es eine Partei, die Übergehung oder Beschränkung ihrer prozessualen Befugnisse - oder überhaupt einen Verfahrensverstoss - trotz Kenntnis des Mangels und ihrer prozessualen Abwehrbefugnis zu beanstanden, so liegt darin zwar ein Indiz für eine stillschweigende Verzichtserklärung, doch genügt dieser Umstand als solcher noch nicht zur Feststellung eines Verzichts. Wenn eine Partei in der Hauptverhandlung widerspruchslos zusieht, wie ein ihr zustehendes Recht übergangen wird, so muss sie sich zwar

---

12) RG 42,96; RG JW 31,219 mit zust.Anm.von Mannheim; Oetker in JW 26,2760; für den Zivilprozess: Rosenberg § 61 II 2

13) Noack S.12, der eine sorgfältige Abgrenzung Verwirkung - Verzicht vornimmt.

14) BGH 6,141; KG NJW 54,124; RG 42,97; 62,142; vgl.dagegen RG Rspr.3,484; BGH, mitgeteilt bei Dallinger MDR 52,532 zu § 217

15) KMR N 1oc zu § 337; ähnlich Noack S.12; Beling S.212; Löwenstein JW 29,865

darüber klar sein, dass sie dieses Recht in dieser Instanz nicht mehr ausüben kann; es steht aber damit noch nicht fest, ob sie dieser Übergehung zustimmt. Dies um so weniger, als in der Regel das Gericht sich gar nicht bewusst ist, ein Recht der Partei zu übergehen, es also in dem Parteiverhalten auch keinen Verzicht auf ein prozessuales Recht sehen kann,[16] und umgekehrt die Partei auch nicht erwarten wird, dass das Gericht ihr Verhalten als Verzicht auffassen könnte.
Die Auffassung Belings,[17] dass ein stillschweigender Verzicht der Partei dann anzunehmen sei, wenn "eine ausdrückliche Rechtsverwahrung prozessverkehrsüblicherweise geboten gewesen wäre, wenn sie nicht verzichten wollte", geht zu weit;[18] sie würde grossenteils zu der Fiktion einer Verzichtserklärung führen. Gerade die Fälle, in denen eine Rechtsverwahrung der Partei "prozessverkehrsüblicherweise geboten" gewesen wäre, gehören in das Feld der Verwirkung. Zur Feststellung eines Verzichts sind weitere Umstände vonnöten, die einen eindeutigen Schluss auf das Vorhandensein eines Verzichtswillens zulassen.[19]

---

16) vgl. Oehler in der Anm. zu BGH JZ 51,725; Traub NJW 57, 1096

17) Beling S.212 Anm.2

18) Noack S.13

19) Noack (S.13) führt etwa als Beispiel an, dass der Angeklagte schweigt, nachdem er gemäss § 265 III auf die Möglichkeit eines Aussetzungsantrags hingewiesen worden ist.

Zweiter Abschnitt: Rechtsgrundlagen der Rügeverwirkung

Die Verfasser der RStPO haben - dies wurde schon ausgeführt[1] - bewusst davon Abstand genommen, die Frage der Rügeverwirkung ausdrücklich zu regeln. Nach Auffassung des Gesetzgebers war eine solche Regelung entbehrlich; glaubte man doch in der vom preussischem Obertribunal entwickelten Spruchpraxis eine brauchbare Grundlage zur Vermeidung unerwünschter Prozessverschleppung zu besitzen. Daher mochte es mit gutem Grund gerechtfertigt erscheinen, auch unter der Geltung der RStPO die Rechtsprechung des preussischen Obertribunals fortzuführen.
Die Motive zur RStPO sehen - im Anschluss an die Rechtsprechung des preussischen Obertribunals - den Grund eines Rügeverlustes durch Verwirkung darin, dass gemäss § 337 I StPO die Revision nur darauf gestützt werden kann, dass das Urteil "auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe". Es wird daher als erstes zu untersuchen sein, ob aus § 337 I tatsächlich die Rechtsfigur der Rügeverwirkung herzuleiten ist.

§ 5. "Beruhen" i.S. von § 337 I StPO

Die Motive zur RStPO[2] gehen davon aus, dass das Urteil auf einem Verstoss - aber nur soweit es sich bei dem Verstoss um eine Beschränkung prozessualer "Befugnisse" einer Partei handelt - dann nicht beruhe, wenn die Partei "zu erkennen gegeben hat, dass (sie) die Beschränkung für eine (ihr) nachteilige nicht erachtet hat". Was die Motive unter diesem "zu erkennen geben" verstehen, ist nicht klar ersichtlich, insbesondere ist nicht klar ersichtlich, ob damit eine stillschweigende Willenserklärung, nämlich ein Verzicht auf Geltendmachung der Verfahrensmängel zu verstehen ist, ob damit also die Verwirkung überhaupt als stillschweigender

---

1) s.o.S.7
2) Hahn S.252

Rügeverzicht aufgefasst wird. Bejahendenfalls wäre - immer nach den Motiven - ein Rügeausschluss nicht mit einem stillschweigenden Verzicht allein zu erklären, sondern damit, dass infolge des Verzichts das Urteil nicht mehr auf dem Verstoss beruht.

I. Von dieser Konstruktion gehen verschiedene Entscheidungen des Reichsgerichts aus.
In dem einer Entscheidung zugrundeliegenden Fall war dem Angeklagten die Anklageschrift nicht zugestellt worden und war er auch nicht befragt worden, ob er vor der Hauptverhandlung noch die Vornahme einzelner Beweiserhebungen beantragen wolle (Verstoss gegen § 2o1 I). Bei der Vorladung zur Hauptverhandlung hatte er erklärt, keine Anträge stellen zu wollen, und hatte in der Hauptverhandlung zur Sache verhandelt, ohne Aussetzung der Verhandlung und Zustellung der Anklageschrift zu verlangen und ohne Beweisanträge zu stellen. Dieses Verhalten des Angeklagten wird in der Entscheidung nun dahin gedeutet,[3] "dass der Beschwerdeführer (der Angeklagte) auf die Zustellung der Anklageschrift keinen Wert gelegt, vielmehr nachträglich auf die Beobachtung der lediglich im Interesse der Verteidigung gegebenen Gesetzesvorschrift verzichtet hat"."Das Urteil", so heisst es in der Entscheidung weiter, "beruht hiernach auf der Verletzung des § 199 (heute: § 2o1 I) nicht". Ähnliche Formulierungen sind in anderen Entscheidungen des Reichsgerichts zu finden: "Lag aber zur Zeit des Erlasses des 1. Urteils ein wirksamer Verzicht des Angeklagten auf die Geltendmachung jener Gesetzesverletzungen vor, so beruht das Urteil nicht auf diesen Verletzungen",[4] oder: es "lässt sich dieses 'Beruhen' immer nur dann annehmen, wenn der Angeklagte nicht auf die Geltendmachung der ihm bekannten Mängel ausdrücklich oder durch schlüssige Handlung verzichtet hat".[5]

Diese Konstruktion - der Grund des Rügeausschlusses liege hier darin, dass infolge eines Rügeverzichts das Urteil nicht

---

3) RG GA 46,337
4) RG Rspr.3,485
5) RG 58,127

mehr auf dem Verstoss beruhe - ist in sich widersprüchlich und nicht haltbar. Dass Rügeverzicht und Rügeverwirkung streng auseinanderzuhalten sind, wurde schon dargetan. Aber auch wenn man derartige Fälle als Fälle des Rügeverzichts auffasst, sind diese Entscheidungen nicht folgerichtig. Denn - dies hat Kleinknecht[6] zu Recht ausgeführt - im Einzelfall kann fraglich sein, ob ein Rügeverzicht oder überhaupt ein Verzicht auf bestimmte prozessuale Recht zulässig und wirksam ist; wenn aber die Zulässigkeit und Wirksamkeit eines solchen Verzichts angenommen wird, dann stellt sich die Frage des Beruhens gar nicht mehr. Hat die Partei nämlich auf gestellte Anträge (etwa auf einen Beweisantrag) oder sonst auf prozessuale Rechte verzichtet (haben sich die Parteien etwa mit einer Protokollverlesung gemäss § 251 I Ziff.4 einverstanden erklärt), so liegt in der "Übergehung" dieser Rechte (keine Verbescheidung des Beweisantrags, keine unmittelbare Vernehmung eines Zeugen) gar kein Verstoss; oder hat der Angeklagte auf die Rüge eines Verstosses wirksam verzichtet, so steht ihm - unabhängig davon, ob das Urteil auf dem Verstoss beruht oder nicht - ein Rügerecht nicht mehr zu.

Die Tatsache, dass die angeführten Entscheidungen sich nicht damit begnügten, bei Verwirkungssachverhalten einen Rügeverzicht anzunehmen, dass sie den Rügeverlust vielmehr noch ausserdem mit dem Wegfall des "Beruhens" zu begründen suchten, ist vielleicht ein Hinweis dafür, dass in diesen Fällen die Annahme eines Verzichts nicht voll befriedigte.

II. In der Tat wird in anderen Reichsgerichtsentscheidungen das Beruhen des Urteils auf einem Verfahrensverstoss wegen des Verwirkungsverhaltens einer Partei verneint, ohne dass auf einen Rügeverzicht zurückgegriffen würde.

In einem Fall hatte die Strafkammer Beweisanträge, die der Angeklagte vor der Hauptverhandlung gestellt hatte, übergangen. In der Revisionsentscheidung wurde die hierauf gerichtete Rüge zurückgewiesen: das Urteil beruhe "keinesfalls auf dem Prozessverstoss; denn es war dem Angeklagten

---

6) KMR N 1oc zu § 337

unbenommen, diese seine Beweisanträge in der Hauptverhandlung zu erneuern. ... Wenn er dies ... unterliess und wenn dabei seine Verteidigung zu kurz gekommen sein sollte, so würde die Verteidigungsbeschränkung in der eigenen Unterlassung des Angeklagten ihren Grund und ihre volle Ursache haben. Die Übergehung der Anträge beim Erlasse des Eröffnungsbeschlusses würde sich mit andern Worten dem Urteile gegenüber als einflusslos erweisen".[7] Der Umstand, dass der Angeklagte eine Möglichkeit zur Behebung des Verfahrensverstosses nicht ausgenutzt hat, soll also das Beruhen des Urteils auf dem Verstoss "aufheben"; in einer andern Entscheidung[8] wird geradezu davon gesprochen, dass hierdurch die Wirkung des Verfahrensverstosses "beseitigt" sei.
Nun "beruht" ein Urteil nach einhelliger Rechtsprechung und Lehre[9] dann auf einem Verfahrensverstoss, wenn die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, dass das Urteil ohne Rechtsverletzung anders gelautet haben würde. Es handelt sich bei der Frage des Beruhens also um die Beurteilung eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen Rechtsverletzung und Urteil.[10]

Nach den Formulierungen der angezogenen Entscheidungen - der Verstoss erweise sich nunmehr gegenüber dem Urteil als "einflusslos", die Wirkung des Verfahrensverstosses sei "beseitigt" - soll auf Grund des Verwirkungsverhaltens einer Partei ein solcher (ursprünglich als bestehend gedachter) ursächlicher Zusammenhang zwischen Urteil und Verstoss entfallen. Das ist in dieser Form nicht haltbar. Wurde z.B. - um bei dem Beispiel des Beweisantrags zu bleiben - ein nach § 219 gestellter Beweisantrag der Verteidigung übergangen und ist nicht auszuschliessen, dass das Urteil bei ordnungsgemässem Beweiseinzug[11] anders gelautet haben würde, so ist es für diesen potentiellen Kausalzusammenhang zwischen Verstoss und

---

7) RG 44,381; ähnlich RG JW 31,1o98; RG Rspr.6,65o; vgl.auch RG 2,21; 6,4; 67,26o; RG Rspr.5,585; BGH 1,286

8) RG Rspr.6,65o

9) Eb.Schmidt LK II N 6o zu § 337 mit Nachweisen

1o) KMR N 1oc zu § 337

11) Ein vor der Hauptverhandlung gestellter Beweisantrag kann nur aus denselben Gründen wie ein in der Hauptverhandlung selbst gestellter abgelehnt werden - Kern S.16o; vgl.i.ü. u.S.97.

Urteil ohne jeden Einfluss, wie die Partei auf den Verstoss reagiert hat, insbesondere ob sie den unbeschieden gebliebenen Antrag in der Hauptverhandlung wiederholt hat. Es kann sicher nicht davon gesprochen werden, dass der Kausalzusammenhang infolge des Verhaltens der Partei"beseitigt" worden sei.

In Wirklichkeit handelt es sich hier um ein Problem der Zurechnung: das Beruhen des Urteils auf einem Verstoss soll - auch wenn ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Urteil und Verstoss nicht auszuschliessen ist - dann verneint werden, wenn die Partei selbst die Mitverantwortung für den Verstoss oder die Fortwirkung seiner Folgen trägt, wenn in ihrem eigenen Verhalten der "Grund und die volle Ursache"[12] für die Fortwirkung des Verstosses zu sehen ist.
So problematisch es nun aber überhaupt ist, einer Partei die Verantwortung für einen vom Gericht begangenen Verfahrensverstoss aufzubürden,[13] so sicher ist es andererseits, dass dieser Fragenkomplex der Zurechnung eines Verfahrensverstosses nicht unter dem Begriff "Beruhen" zu erfassen ist. Wenn aus dem Gesetz eine Bestimmung entnommen werden sollte, dass die Parteien Verfahrensverstösse - alle oder auch nur bestimmte Gruppen von Verstössen -, die sie sich selbst zuzuschreiben haben, nicht mit der Revision rügen können, so ist eine solche Norm doch nicht aus § 337 I herauszulesen.

In einer Hinsicht allerdings kann das Parteiverhalten für die Frage des Beruhens bedeutsam werden; und zwar kann und muss es u.U. als Indiz dafür berücksichtigt werden, dass die Partei auch bei ordnungsgemässem Verfahren ihre Interessen nicht besser vertreten hätte.[14] Wird etwa der Angeklagte vom Termin einer kommissarischen Vernehmung nicht gemäss § 224 benachrichtigt, so kann u.U. aus der Tatsache, dass er die unterbliebene Benachrichtigung in der Hauptverhandlung nicht

---

12) RG 44,381

13) Nach Niese (DRZ 49,5o6) trägt das Gericht "nicht nur für die Erforschung des wahren Sachverhalts, sondern auch für die Einhaltung des Verfahrens grundsätzlich allein die volle Verantwortung".

14) Jescheck JZ 52,4o3; KMR N 1oc zu § 337

rügt, geschlossen werden, dass er seine Anwesenheit bei der kommissarischen Vernehmung nicht für erforderlich hielt und auch bei ordnungsgemässer Benachrichtigung zum Vernehmungstermin nicht erschienen wäre oder doch bei der Vernehmung nicht aktiv mitgewirkt hätte. In diesem Fall wäre zu verneinen, dass bei ordnungsgemässer Benachrichtigung die Vernehmung anders ausgefallen wäre und infolgedessen das Urteil anders gelautet haben würde. Doch ist bei derartigen Schlüssen Vorsicht geboten.[15] Auch sind derartige Folgerungen nur bei bestimmten Verfahrensverstössen denkbar: da hierbei darauf abgestellt wird, wie die Partei sich verhalten hätte, wäre das Gericht ordnungsgemäss verfahren (z.B.: wäre die Partei zum Termin der kommissarischen Vernehmung erschienen, wenn sie ordnungsgemäss benachrichtigt worden wäre?), können nur solche Verfahrensverletzungen in Frage kommen, die Auswirkungen auf die Prozessgestaltung der Parteien haben konnten (etwa: Hinderung der Partei an der Wahrnehmung des Termins der kommissarischen Beweisaufnahme).
Solche Verstösse, deren Folgen nicht allein darin bestehen, dass sie den Parteien Möglichkeiten der Prozessführung und -gestaltung verschliessen oder nicht erschliessen (etwa: unzulässige Ablehnung von Beweisanträgen, Fehler in der Besetzung des Gerichts), scheiden hierfür aus. Ebenso scheiden solche Verfahrensverstösse aus, hinsichtlich deren feststeht, dass die Partei sich bei ordnungsgemässem Verfahren anders verhalten hätte: wenn der Vorsitzende gemäss § 238 I dem Angeklagten das Wort entzieht oder wenn er gemäss § 241 eine Frage an einen Zeugen zurückweist, so steht ausser Zweifel, dass der Angeklagte ohne die Massnahme des Vorsitzenden weitere Ausführungen gemacht bzw. seine Frage gestellt hätte.
Wird das Beruhen des Urteils auf einem Verstoss deshalb verneint, weil das widerspruchslose Hinnehmen des Verstosses durch die Partei als Indiz dafür angesehen wird, dass sie auch bei ordnungsgemässem Verfahren ihre Interessen nicht besser vertreten hätte, so handelt es sich nicht mehr um einen Rügeausschluss durch Verwirkung.

---

15) Jescheck aaO

III. Ein in sich folgerichtiger Lösungsversuch findet sich in einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1952.[16] Hiernach kommt darin, dass eine Partei einen Verfahrensverstoss bewusst und widerspruchslos hinnimmt, zum Ausdruck, dass die Partei den Verstoss nicht als für das Urteil erheblich ansieht. Bei bestimmten Verfahrensverstössen dürfe diese "stillschweigend zum Ausdruck gebrachte Ansicht (der Partei), es komme darauf nicht entscheidend an, als massgeblich behandelt werden". Damit wäre insoweit die Frage des Beruhens i.S. des § 337 I nicht objektiv vom Standpunkt des Revisionsgerichts aus zu prüfen, sondern entscheidend wäre, ob die Partei selbst in der Hauptverhandlung die Erheblichkeit des Verstosses für das zu erwartende Urteil verneint hat.

Diese Entscheidung hat - bei entsprechender Auslegung - den Wortlaut der Motive zur RStPO für sich.[17] Im Gesetz selbst finden sich jedoch keinerlei Anhaltspunkte für eine derartige Auslegung von § 337 I. Das Revisionsgericht hat bei der Prüfung der Revision zu beurteilen, ob das Urteil auf einem gerügten Verstoss beruht; es ist, da aus dem Gesetz nichts anderes hervorgeht, naheliegend, dass diese Beurteilung nur nach objektiven Gesichtspunkten zu erfolgen hat.[18] Es wäre wenig sinnvoll, einen und denselben Begriff, nämlich "Beruhen" i.S. von § 337 I, im einen Fall, wenn durch den Verstoss prozessuale Parteibefugnisse beschränkt werden, nach subjektiven Gesichtspunkten auszulegen, in allen anderen Fällen aber, bei sonstigen Verstössen, nach objektiven Gesichtspunkten.
Eine solche Auslegung wäre auch wenig fruchtbar und würde nur eine Verschiebung der Probleme bedeuten. Denn es wäre damit noch nicht geklärt, bei welchen Verfahrensmängeln auf den subjektiven Standpunkt der Partei abzustellen wäre und wie diese Ansicht der Partei über die Erheblichkeit der

---

16) BGH NJW 52,1426; vgl. auch BGH 1,325; RG 1o,59
17) vgl.o.S.17
18) Jescheck JZ 52,4o3; KMR N 1oc zu § 337

Mängel zum Ausdruck gekommen sein müsste. Es wären dabei Differenzierungen vorzunehmen und Wertentscheidungen zu treffen, deren Kriterien nicht im Begriff "Beruhen" gefunden werden könnten.

IV. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs scheint neuerdings eine Tendenz zu bestehen, das Verwirkungsproblem nicht mehr unter dem Gesichtspunkt des "Beruhens" zu behandeln. Dies geht andeutungsweise aus einer Entscheidung des Grossen Senats für Strafsachen vom 21.1.1958[19] hervor, wonach die Notwendigkeit, gegenüber sachleitenden Anordnungen des Vorsitzenden zunächst die Entscheidung des Gerichts anzurufen (§§ 238 II, 242)[2o], darauf hindeute, dass - unabhängig von der Frage des Beruhens - nicht jeder Verfahrensverstoss das Revisionsrügerecht nach sich ziehe.

§ 6. Beschwer.

Eine sehr wesentliche Voraussetzung für die Einlegung eines Rechtsmittels bildet das Vorhandensein einer Beschwer des Beschwerdeführers. Eine Beschwer wird im Gesetz zwar nicht ausdrücklich verlangt; dass eine solche für jedes Rechtsmittel erforderlich ist, wird aber heute allgemein - für den Strafprozess wie auch für den Zivilprozess und die Verwaltungsgerichtsbarkeit - anerkannt.[1]
Hat der Beschwerdeführer in der Hauptverhandlung einen Verfahrensfehler bewusst geduldet, ohne die gegebenen Möglichkeiten zur Abhilfe auszunutzen, so könnte der Schluss naheliegen, er sei durch den von ihm geduldeten Verfahrensfehler nicht beschwert,[2] der rechtliche Grund einer etwaigen

---

19) JZ 58,62o

2o) Der Rügeausschluss wegen unterbliebener Anrufung des Gerichts nach §§ 238 II, 242 wird weitgehend als Verwirkungsfolge angesehen; vgl.u.S.117.

1) Baur, Lent-Festschr.S.3, mit Nachweisen; für den Strafprozess: Kern S.198, Peters S.495, Henkel S.421,Stock S.161

2) So Gage, Die Revision in Strafsachen, 1.Aufl.1952 S.63, für den Fall, dass der Revisionskläger einen Verfahrensfehler arglistig herbeigeführt hat (angeführt bei Noack S.18).

Rügeverwirkung liege also in der mangelnden Beschwer.

Dieser Weg ist jedoch nicht gangbar. Denn die Beschwer bezieht sich - darauf stellt mit Recht Noack ab[3] - nicht auf den einzelnen Gesetzesverstoss, sondern auf das Urteil als Ganzes.[4] Es fragt sich also nicht, ob der Angeklagte durch einen Verfahrensverstoss - wenn z.B. ein Beweisantrag unbeschieden geblieben ist - beschwert ist, sondern ob durch den Inhalt des Urteils.[5]

Beschwert ist der Beschwerdeführer im Strafprozess immer dann, wenn er mit dem Rechtsmittel ein ihm günstigeres Urteil begehrt, ohne Rücksicht darauf, was er in der Vorinstanz für Sachanträge gestellt hat.[6] Daher ist die Staatsanwaltschaft, die ja auch Rechtsmittel zugunsten des Beschuldigten einlegen kann und ggf. einlegen muss, immer dann beschwert, wenn sie die Unrichtigkeit eines Urteils behauptet,[7] der Beschuldigte dann, wenn er mit dem Rechtsmittel "eine Änderung des Urteils zu seiner Entlastung erstrebt".[8]

Es kann dabei nicht darauf ankommen, ob das Urteil richtig oder unrichtig, fehlerhaft oder ohne Verfahrensfehler zustandegekommen ist. Auch der zu Recht Verurteilte ist beschwert[9] und hat einen "Anspruch auf Prüfung seines Anfechtungsbegehrens".[10] Auch ist die Beschwer nach objektiven Gesichtspunkten zu bestimmen; ob sich der Beschwerdeführer

---

3) Noack S.13

4) Kern S.198; Henkel S.421; Peters S.495; für den Zivilprozess: Rosenberg § 134 II 2a

5) Ob er allein durch den Tenor oder auch durch die Entscheidungsgründe beschwert sein kann - vgl. Kern S.198 -, ist in diesem Zusammenhang uninteressant.

6) sog. "materielle" Beschwer im Gegensatz zur sog. "formellen" Beschwer im Zivilprozess, wo es darauf ankommt, ob das Urteil zu Ungunsten des Beschwerdeführers von dessen Sachanträgen differiert - vgl. Baur, Lent-Festschrift S. 1ff.

7) Peters S.495; Baur, Lent-Festschrift S.3, verlangt daher für die Staatsanwaltschaft gar keine "Beschwer" i.e.S.

8) Peters S.498

9) Beling S.333 Anm.1; Eb.Schmidt LK II Vorbem.17 vor § 296

10) Beling aaO

auch subjektiv durch ein Urteil benachteiligt fühlt, ist dagegen unbeachtlich.[11]

Aus dem Erfordernis der Beschwer folgt, dass der Beschwerdeführer ein Rechtsmittel nur zur Verbesserung seiner Lage, also zur Beseitigung oder Minderung seiner Beschwer einlegen kann.[12] Der Angeklagte kann daher kein Rechtsmittel einlegen etwa mit dem Ziel, statt einer Geldstrafe eine Freiheitsstrafe zu erreichen.[13] Das bedeutet aber nicht, dass der Angeklagte nicht auch wegen eines Gesetzesverstosses, der ihn - objektiv oder auch nur nach seiner subjektiven Auffassung - begünstigt oder zumindest nicht benachteiligt, kein Rechtsmittel einlegen könnte. Wenn der zu Strafe verurteilte Angeklagte Revision mit dem Ziele eines Freispruchs oder einer milderen Strafe einlegt, ist er z.B. auch dann durch das Urteil beschwert, wenn er seine Revision auf eine - ihn gar nicht belastende - unzulässige Ablehnung eines auf Belastung gerichteten Beweisantrags der Staatsanwaltschaft stützt. Nur beruht[14] dann eben das Urteil nicht auf dem Verstoss, insofern, als der Verstoss keine Schlechterstellung des Angeklagten zur Folge haben konnte.

Da somit die Frage nach der Beschwer sich nur auf den Urteilsinhalt als solchen bezieht, nicht darauf, wie das Urteil zustandegekommen ist, ob es auf einem Verfahrensfehler beruht, oder gar, wie sich der Beschwerdeführer in der Hauptverhandlung zu einem Verfahrensfehler gestellt hat, kann das Erfordernis der Beschwer auch nicht zur Begründung eines Rügeausschlusses durch Verwirkung dienen.

---

11) Beling aaO

12) Kern S.198; Beling S.335; Peters S.495

13) Kern aaO

14) Eb.Schmidt JZ 58,598 spricht auch hier von "Beschwer".

§ 7. Grundsatz der Beschleunigung

I. Der entscheidende Gesichtspunkt, der für eine Anerkennung der Verwirkung von Verfahrensrügen spricht, liegt in dem Bedürfnis nach einem raschen Abschluss eines jeden Strafverfahrens. Bedeutet doch die Zulassung einer Revisionsrüge und die dadurch bedingte Aufhebung eines Urteils in der Regel eine mehrmonatige Verzögerung des Verfahrensabschlusses.

Im Strafprozess besteht - mehr als in andern Prozessarten - ein starkes Bedürfnis nach rascher Durchführung und raschem Abschluss des Verfahrens.[1)]
Dieses Bedürfnis hat seinen eigentlichen Grund in den mit der Strafe verfolgten gesetzlich anerkannten Zwecken. Die abschreckende Wirkung der Strafe - im spezialpräventiven wie im generalpräventiven Sinn - ist am grössten, wenn die Strafe "der Tat möglichst auf dem Fusse folgt",[2)] und das allgemeine Rechtsgefühl verlangt rasche Sühne eines jeden Rechtsbruchs. Daher können, wenn der Strafausspruch und die Strafverbüssung lange auf sich warten lassen, wesentliche Wirkungen der Strafe verloren gehen.
Häufig ist aber auch der Beschuldigte selbst daran interessiert, dass das Verfahren rasch abgewickelt und abgeschlossen und die Ungewissheit über sein Schicksal beendet wird. Ein derartiges schutzwürdiges Privatinteresse des Beschuldigten führt ebenfalls zu dem Bedürfnis der Verfahrensbeschleunigung.
Ein eigentlich prozessuales Bedürfnis ist ferner darin begründet, dass mit einer Hinauszögerung der Untersuchung die Möglichkeiten, mit den noch vorhandenen Beweismitteln eine zurückliegende Tat wahrheitsgetreu zu rekonstruieren,

1) vgl. die eindringliche Darstellung bei Kern S.61f.; vgl. auch Henkel S.1o4; Gerland GS 57,11o

2) Kern S.62

immer unbefriedigender werden.[3]

II. Eine ausdrückliche grundsätzliche Norm, die die Beschleunigung des Verfahrens zum Gegenstand hätte, enthält die StPO nicht, wenngleich eine solche Norm mit Nachdruck gefordert wird.[4] Doch beinhaltet das Gesetz zahlreiche Einzelvorschriften, die dem Zweck der Beschleunigung dienen. Als solche Einzelvorschriften[5] sind die gesamten Vorschriften über Rechtsmittelfristen anzusehen, sonstige Bestimmungen, die die Ausübung eines prozessualen Rügerechts oder Gestaltungsrechts an Fristen binden,[6] und Vorschriften, die sich gegen eine absichtliche Prozessverschleppung richten.[7] Schliesslich zählen hierzu auch die Bestimmungen, die die sachlichen Voraussetzungen eines Rechtsmittels festlegen und damit das Rechtsmittelrecht begrenzen, so die praktisch sehr bedeutsame Norm, dass eine Revision nur dann gerechtfertigt sein kann, wenn das Urteil auf einem gerügten Rechtsverstoss beruht,[8] und das Erfordernis einer Beschwer für die Einlegung eines Rechtsmittels.

Eine Gesetzesanalogie, d.h. die Ausdehnung der Regelung einer dieser Normen auf die Fälle der Verwirkung von Verfahrensrügen verbietet sich von selbst, da die hier geregelten Tatbestände sich von den Verwirkungstatbeständen zu sehr unterscheiden, oder ihnen zwar ähnliche Tatbestände zugrundeliegen,[9] sie aber ersichtlich eine nicht erweiterungs-

---

3) Niethammer (DRZ 49,452) legt überzeugend dar, wie die Zurückverweisung einer Sache zu neuer Verhandlung "immer einen Nachteil für die Erforschung der Wahrheit" mit sich zieht.

4) Kern S.61

5) Es sind hier nur solche Vorschriften aufgeführt, die die prozessuale Stellung der Parteien einschränken; weitere Vorschriften sind bei Kern S.62 genannt.

6) §§ 14o III, 25, 2o1 I 1, 16 StPO

7) §§ 244 III 2, 245, 266 III 1; hierher gehört auch § 231 II, wonach die Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten zu Ende geführt werden kann, wenn dieser sich nach seiner Vernehmung entfernt oder ausbleibt.

8) § 337 I

9) § 16 etwa ist ein Fall des Rügeausschlusses wegen nicht-rechtzeitiger Rüge.

fähige Spezialregelung darstellen.[10]
Und doch wird man aus diesen Vorschriften eine allgemeine Folgerung ziehen müssen: wenn das Gesetz derart vielfältige der Verfahrensbeschleunigung dienende Einzelvorschriften enthält, dann ist damit gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, dass dem Gedanken der Verfahrensbeschleunigung nach dem Gesetz ein eigener Wert zukommt. Dieser Wert ist nicht nur für die unter diesem Gesichtspunkt ausdrücklich geregelten Tatbestände von Bedeutung, sondern muss sich auf das ganze Verfahren auswirken. Es ist dies umsomehr anzunehmen, als der Prozess "nur Mittel zum Zwecke der Bewährung des materiellen Rechts" ist und er "sich diesem Zweck, der Natur des materiellen Rechts, anbequemen muss".[11] Das aus dem Strafzweck zu schliessende Bedürfnis nach Verfahrensbeschleunigung muss sich bis zu einem gewissen Grad auch auf das Prozessrecht auswirken.
Man wird deshalb von einem Grundsatz der Beschleunigung[12] sprechen können, der den Charakter einer Prozessmaxime hat, und auf Grund dessen in jeder Lage des Verfahrens das öffentliche Interesse an einer Beschleunigung - oder negativ gesehen, an einer Verhinderung einer Verzögerung - zu berücksichtigen ist.[13]

III. Ein eindrucksvolles Beispiel für die Auswirkung des Grundsatzes der Beschleunigung bietet die Rechtsprechung zum prozessverschleppenden Beweisantrag. Bevor diese Frage durch die Notverordnung vom 14.6.1932 ausdrücklich geregelt wurde,[14] hatte das Reichsgericht nämlich schon den Grundsatz

---

10) Einzig bei der Bestimmung des § 238 II könnte man an eine ausdehnende Anwendung denken, folgte man der in der Rechtsprechung verbreiteten Auffassung, bei einer Nichtausnutzung der Beanstandungsmöglichkeit des § 238 II gegen sachleitende Anordnungen des Vorsitzenden sei eine spätere Revisionsrüge stets ausgeschlossen; doch wird u.S. 115 zu zeigen sein, dass diese Ansicht in dieser Form nicht haltbar ist.

11) Wach, Binding-Festg. S.4

12) Kern (S.61) spricht auch von einem "Grundsatz der raschen Strafrechtspflege"

13) vgl.Gerland GS 57,11o

14) die heutigen §§ 244 II 2, 245, 266 II

entwickelt, dass ein Beweisantrag, der ausschliesslich in der Absicht der Prozessverschleppung gestellt wird, als unzulässig abgelehnt werden könne.[15] Die Begründung fand das Reichsgericht allerdings nicht in der Gefahr einer Prozessverzögerung, vielmehr sah es solche Verschleppungsanträge als nicht ernstlich gemeinte und deshalb unwirksame Scheinanträge an.[16] Dass diese Art der Begründung nicht stichhaltig sein konnte, zeigte schon Beling auf, indem er darauf hinwies, dass jede Willenserklärung ernstlich gemeint ist, "die der Handelnde in dem Sinne vornimmt, dass sie formell berücksichtigt werden soll, mag er auch davon überzeugt sein, dass sie sachlich wertlos wäre".[17] Beim prozessverschleppenden Beweisantrag will der Antragsteller den Beweiseinzug ernstlich, er glaubt nur nicht, dass das Beweisergebnis für ihn verwertbar ist; es handelt sich also um keinen Scheinantrag. War die Begründung des Reichsgerichts somit anfechtbar, so war das Ergebnis doch richtig: das öffentliche Interesse an einer raschen Durchführung des Verfahrens verbietet es, einem Beweisantrag stattzugeben und die Verzögerung durch den Beweiseinzug in Kauf zu nehmen, wenn dessen Vollzug für die Wahrheitsermittlung - nach der insoweit massgeblichen Ansicht des Antragstellers - wertlos wäre. Dass für eine Ablehnung die Verschleppungsabsicht des Antragstellers nicht genügt, vielmehr dazuhin durch den Beweiseinzug eine nutzlose Verzögerung des Verfahrens tatsächlich drohen muss, wurde neuerdings in einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs ausgesprochen.[18] Der eigentliche Grund dürfte auch für die Entscheidungen des Reichsgerichts nicht in begrifflichen Erwägungen über Scheinerklärungen gelegen haben, vielmehr wurde es als untragbar empfunden, eine nutzlose

---

15) RG 12,336f.; 13,153; RG Rspr.7,551

16) RG aaO

17) Bennecke-Beling S.284; ähnlich Rosenfeld S.132 Anm.6; Sauer S.463; Eb.Schmidt LK II N 31 zu § 244; aA Kern S.86, KMR N 16 zu § 244, jedoch beide ohne nähere Begründung.

18) BGH NJW 58,1789

Verfahrensverzögerung hinzunehmen.

IV. Als Ergebnis ist damit festzuhalten, dass im Strafprozess der Grundsatz der Beschleunigung als Prozessmaxime gilt, wonach in jeder Lage des Verfahrens das öffentliche Interesse an einer raschen Durchführung und einem raschen Abschluss des Verfahrens zu berücksichtigen ist.
Der Grundsatz der Beschleunigung darf allerdings nicht zu einer Vernachlässigung der materiellen Gerechtigkeit und des Schutzbedürfnisses des Beschuldigten führen;[19] doch ist er als im Gesetz "latent enthaltener, aber nicht ausdrücklich ausgesprochener Rechtssatz", als "Auslegungsfaktor"[20] von massgebender Bedeutung.

V. Gegenstand der weiteren Untersuchung muss die Frage sein, ob der Grundsatz der Beschleunigung einen Rügeausschluss durch Verwirkung rechtfertigt, oder ob dem andere Gründe, insbesondere die Formenstrenge des Strafverfahrens und das Ziel der materiellen Gerechtigkeit, entgegenstehen.

Prozessmaximen wie der "Grundsatz der Beschleunigung" sind nicht das Ergebnis logischer Folgerungen, sondern rechtspolitischer Erwägungen;[21] sie haben daher auch keine absolute Geltung,[22] sind im Gesetz nicht lückenlos und kompromisslos durchgeführt, sondern immer nur in ihrer Beschränkung durch entgegenstehende Maximen und Interessen zu verstehen. "Dem Interesse, das zur Anerkennung eines bestimmten Prozessprinzips drängt, pflegen sich Gegeninteressen entgegenzustellen, die der Gesetzgeber nicht ohne Schaden ausser Acht lassen darf".[23] De lege lata muss, wenn sich bestimmte Prozessgrundsätze

---

19) Henkel S.1o4

2o) Gerland S.36f. im Hinblick auf die Prozessmaxime als solche; der Gedanke der Beschleunigung soll bei der Auslegung zwar nur als "Zweckmässigkeitserwägung" zur Geltung kommen (S.37), doch sieht Gerland in dieser Differenzierung offenbar im Ergebnis keinen praktischen Unterschied zur Prozessmaxime - vgl.Gerland GS 57,11o.

21) Rosenfeld S.43; Kern S.3ff.

22) Gerland S.9

23. Eb.Schmidt LK I Nr.276

gegenseitig oder mit sonst vom Gesetz berücksichtigten Interessen überschneiden, eine vernünftige Abgrenzung nach den aus dem Gesetz zu entnehmenden Wertakzentuierungen gesucht werden.[24]

Im Grunde genommen ist es allerdings falsch, von einem Widerstreit entgegengesetzter im Gesetz zum Ausdruck kommender Interessen zu sprechen; denn diese Interessen sind eben nur in ihrer gegenseitigen Begrenzung berücksichtigt. Es ist deshalb bei der Gesetzesauslegung auch kein Interessenausgleich vorzunehmen, vielmehr ist eine Interessenabwägung nach den durch das Gesetz vermittelten Massstäben nachzuvollziehen. Jedes Interesse, das nicht von der Rechtsordnung berücksichtigt wird, ist unbeachtlich.[25] Insofern kann man von einem massgeblichen öffentlichen "Gesamtinteresse" ausgehen, nämlich einem Interesse an "Rechtsschutz für und gegen den Angeschuldigten"[26] oder allgemeiner einem Interesse an der "Verwirklichung der Rechtsordnung".[27] Jenes Gesamtinteresse setzt sich - um mit Gerland[28] zu sprechen - "gar nicht zusammen aus seinen natürlichen Bestandteilen, sondern dieselben sind nur verschiedene Seiten eines und desselben Interesses, dasselbe Interesse, von verschiedenen Standpunkten aus betrachtet".

Im Hinblick auf den Gedanken der Rügeverwirkung stehen dem Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung erhebliche und bedeutsame Interessen entgegen, Interessen, die in der Einrichtung der Revision ihren gesetzlichen Ausdruck gefunden haben.[29]

---

24) Ein anschauliches Beispiel solcher Abgrenzung bietet BGH JZ 57,185 mit Anm. von Kern hinsichtlich der Grundsätze der Öffentlichkeit und der Wahrheitsermittlung.

25) vgl.Gerland S.4o; das bedeutet aber nicht, dass nicht etwa auch der schuldige Angeklagte einen Freispruch anstreben dürfte; er kann dieses Ziel eben nur mit den von der Rechtsordnung zugelassenen Mitteln verfolgen - vgl. Eb.Schmidt LK I Nr. 1oo.

26) Gerland GS 57,11o

27) Dohna S.5

28) Gerland GS 57,111 Anm.1

29) Zu der Mischung verschiedener Allgemein- und Individualinteressen im Rechtsmittelverfahren vgl. die grundsätzlichen Ausführungen von Baur, Lent-Festschr.S.6, und Bettermann NJW 47/48, 447

Da ist zunächst das Interesse der Privatbeteiligten - des Beschuldigten und des Privat - oder Nebenklägers -, durch die Revision die Aufhebung eines möglicherweise materiell unrichtigen Urteils zu erreichen. Dieses Interesse deckt sich mit dem öffentlichen Interesse an Wahrung der materiellen Gerechtigkeit. Ferner steht das öffentliche Interesse an Wahrung der Rechtseinheit und an Einhaltung der Prozessgesetze (an Wahrung der Formenstrenge) entgegen.
Der Gesetzgeber hat durch die Einrichtung der Revision alle drei Gesichtspunkte berücksichtigt: Interesse an Wahrung der materiellen Gerechtigkeit, an Wahrung der Rechtseinheit und an Einhaltung der Verfahrensvorschriften.[30] Dass dabei im Grunde das Interesse an Wahrung der Rechtseinheit mit dem Interesse an Wahrung der materiellen Gerechtigkeit zusammenfällt, haben Gage-Sarstedt[31] überzeugend dargelegt; denn ohne Rechtseinheit gibt es auch keine Gerechtigkeit.

§ 8. Beschleunigung und Formenstrenge

Als erstes bedarf die Frage der Untersuchung, ob und inwieweit die Formenstrenge des Strafverfahrens einer Rügeverwirkung entgegensteht.

I. Die Einhaltung prozessualer Formen durch die Rechtspflegeorgane gewährleistet nicht schon für sich allein, dass im Einzelfall auch jeweils die Ziele des Strafverfahrens erreicht werden. Es ist denkbar, dass Urteile, die auf einem fehlerhaften Verfahren beruhen, materiellrechtlich zu einem richtigen Ergebnis kommen, wie es auch möglich ist, dass Urteile, die formell einwandfrei zustandekommen, materiell unrichtig sind.[1] Im Einzelfall können die formalen Bindungen der StPO wegen ihrer Starrheit der Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit geradezu hinderlich sein.[2]

---

30) Kern S.2o6; Gage-Sarstedt S.2f.
31) Gage-Sarstedt aaO
1) vgl.Lent ZZP 61,287f.
2) vgl.Eb.Schmidt ZStW 65,166

Es finden die prozessualen Formen ihre Berechtigung darin, dass das Gesetz nicht mit idealen Prozessbeteiligten, insbesondere nicht mit idealen Richtern rechnen kann, die frei von allen formalen Bindungen stets den besten Weg zur Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit finden würden. Das Gesetz muss von einem durchschnittlichen Richter ausgehen, dem es Regeln an die Hand zu geben hat, die gewisse Mindestvoraussetzungen für ein richtiges Ergebnis des einzelnen Verfahrens garantieren.[3] Nicht zuletzt aber bietet die Förmlichkeit des Strafverfahrens eine gewisse Gewähr gegen richterliche Willkür. "Es ist die grosse Idee des Rechtsstaats, dass der Staat sich selbst misstraut, seine eigene Macht zügelt und bindet."[4]

Zudem ist das Ziel des Strafverfahrens nicht nur die Findung eines materiellrechtlich richtigen Urteils. Die general- und die spezialpräventive Seite der Strafe kommt vielmehr erst dann voll zur Geltung, wenn der Angeklagte und die Allgemeinheit auch von der Richtigkeit des Urteils überzeugt sind. Die Einhaltung fester prozessualer Formen durch das Gericht ist nun in hohem Masse geeignet, das Vertrauen in die Unparteilichkeit, Sachlichkeit und Gewissenhaftigkeit des Gerichts zu stärken[5] und die Furcht vor einer willkürlichen Rechtsprechung zu bannen. Das Vertrauen in die Rechtspflege, die Volkstümlichkeit der Rechtspflege, ist gerade bei der Strafjustiz zutiefst notwendig. Bei der - auch in unserer Strafgerichtsverfassung zu beobachtenden - vorherrschenden Stellung des Berufsrichters besteht stets die Gefahr eines Misstrauens in die Tätigkeit der Gerichte, und dieser Gefahr vermag am ehesten die Formalisierung des Verfahrens zu begegnen,[6] die den Prozessbeteiligten und den Aussenstehenden zeigt, dass der Richter an strenge formale Regeln gebunden ist.

II. Gleichwohl ist die Einhaltung der Prozessvorschriften nicht

---

3) vgl. Rich. Schmidt S. 3off.; Bohne SJZ 49,767

4) Eb. Schmidt LK I Nr. 19

5) vgl. Rich. Schmidt aaO; Stock Mezger-Festschr. S. 433ff.

6) vgl. die überzeugenden Ausführungen bei Rich. Schmidt S. 33f.

Selbstzweck des Verfahrens. Dass die Gerichte gehalten sind, die prozessualen Formen zu beachten, ist eine Selbstverständlichkeit; sie sind wie jede andere öffentliche Behörde zur Achtung der Gesetze verpflichtet. Für die Revision jedoch ist nicht schon jeder Verfahrensverstoss der Unterinstanz bedeutsam. Ein Verfahrensfehler der Unterinstanz rechtfertigt grundsätzlich nur dann die Revision, wenn er sich auf den Urteilsinhalt ausgewirkt hat oder haben kann.[7] Insoweit findet also das Erfordernis der Formenstrenge lediglich in den Fällen Beachtung, in denen es sich mit dem Interesse an Wahrung der materiellen Gerechtigkeit deckt.
Die Formenstrenge des Verfahrens tritt damit in der Revisionsinstanz so stark hinter dem Interesse an Wahrung der materiellen Gerechtigkeit zurück, dass - sollte dieses Interesse dem Verwirkungsgedanken nicht entgegenstehen - die Möglichkeit einer Rügeverwirkung grundsätzlich auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Formenstrenge verneint werden könnte.

III.1. Das Gesetz kennt jedoch Verfahrensbestimmungen, deren Verletzung als solche schon zur Aufhebung des Urteils durch die Revision führen muss, ohne dass es erst des Nachweises eines möglichen Kausalzusammenhangs mit dem Urteil bedürfte. Es sind dies die durch § 338[8] geschützten Normen, die wegen ihrer besonderen Bedeutsamkeit auch einen besonderen Schutz in der Revisionsinstanz geniessen. Die absoluten Revisionsgründe haben ihren gesetzgeberischen Grund darin, die Einhaltung der durch sie geschützten Verfahrensbestimmungen dem Instanzrichter besonders einzuschärfen.[9] Damit erhalten diese Bestimmungen gegenüber anderen Normen einen erhöhten Rang;[10] ihre Verletzung muss daher einen besonders schwerwiegenden Verfahrensverstoss bedeuten.

Gegenüber diesem Nachdruck, den der Gesetzgeber auf die Einhaltung der durch § 338 geschützten Normen legt, muss der

---

7) § 337 I: wenn "das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruht".

8) mit Ausnahme von § 338 Ziff.8; vgl.u.Anm.14

9) Kern S.2o9

1o) Kern S.2o9f.

Gedanke der Verfahrensbeschleunigung zurücktreten. Beim Vorliegen absoluter Revisionsgründe kann die Revisionsrüge daher grundsätzlich nicht verwirkt werden.[11]
Man kann im Einzelfall verschiedener Auffassung darüber sein, ob ein absoluter Revisionsgrund gegeben ist;[12] liegt aber ein absoluter Revisionsgrund vor, kann die Rüge selbst dann nicht verwirkt sein, wenn die Partei eine rechtzeitige Beanstandung in der Hauptverhandlung absichtlich unterliess, um sich einen Revisionsgrund zu erhalten.[13]
Beim Vorliegen des absoluten Revisionsgrundes von § 338 Ziff.8 StPO[14] wird die Frage der Rügeverwirkung schon gar nicht praktisch, da dann, wenn das erkennende Gericht durch Beschluss eine Frage entschieden hat, für die Partei keinerlei erfolgversprechende Rüge- oder Beanstandungsmöglichkeit in der Hauptverhandlung mehr besteht, also auch eine solche nicht versäumt werden kann.

2. Einer weiteren Gruppe von Verfahrensvorschriften, den Vorschriften über Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse, legt die Verfahrensordnung eine noch stärkere Bedeutung bei als den durch § 338 geschützten Bestimmungen. Während absolute Revisionsgründe vom Revisionsgericht nur

---

11) KMR N 1od zu § 337, Eb.Schmidt LK II N 66 zu § 337, Jescheck GA 1953,89; Wolff NJW 53,1656 schliesst eine Rügeverwirkung bei Verletzung grundlegender Vorschriften, wozu sicher auch die durch § 338 geschützten Normen gehören, aus; Noack (S.32f.), der "rechtstechnisch" den Grund für eine Verwirkung der Verfahrensrüge im Nicht-Beruhen des Urteils auf dem Verstoss sieht, verneint bei absoluten Revisionsgründen eine Verwirkungsmöglichkeit folgerichtig damit, dass es bei § 338 auf das Beruhen nicht ankommt.

12) OLG Darmstadt JR 49,515 verneint das Vorliegen eines absoluten Revisionsgrundes z.B. dann, wenn der Angeklagte mit Erlaubnis des Vorsitzenden kurzfristig den Sitzungssaal verliess, ohne dass die Hauptverhandlung unterbrochen wurde; zustimmend Erbs N I zu § 23o, KMR N 6d zu § 338; ablehnend Eb.Schmidt LK II N 5 zu § 23o und ausführlich Noack S.33f.

13) aA OLG Darmstadt JR 49,516, OLG Bremen GA 1953,87; hierzu im Besonderen u.S.59.

14) "wenn die Verteidigung in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt durch einen Beschluss des Gerichts unzulässig beschränkt worden ist."

dann zu beachten sind, wenn sie gemäss § 344 gerügt werden, d.h. wenn in der Revisionsbegründung die "den Mangel enthaltenden Tatsachen" angegeben werden, muss das Fehlen von Prozessvoraussetzungen, bzw. das Vorliegen von Prozesshindernissen, grundsätzlich in jeder Lage des Verfahrens, also auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen, d.h. ohne besondere Rüge, beachtet werden.[15] Legt die Verfahrensordnung so starken Wert auf die Einhaltung und Beachtung dieser Normen, dass sie zu deren Berücksichtigung in der Revisionsinstanz nicht einmal eine hierauf gerichtete Revisionsrüge verlangt, so muss die Möglichkeit einer Rügeverwirkung durch Nichtrüge in der Hauptverhandlung von vornherein entfallen.[16]

Nicht alle Prozessvoraussetzungen müssen jedoch in jedem Verfahrensabschnitt auf ihr Vorliegen nachgeprüft werden. So kann nach Eröffnung des Hauptverfahrens das Gericht seine örtliche Unzuständigkeit nur noch auf den Einwand des Angeklagten hin aussprechen (§ 18), und der Angeklagte selbst kann diesen Einwand nur bis zum Schluss der Voruntersuchung oder, wenn keine Voruntersuchung stattgefunden hat, bis zur Verlesung des Eröffnungsbeschlusses geltend machen (§ 16). Es ist hier nicht der Ort, zu untersuchen, ob es ausserdem Prozessvoraussetzungen gibt, deren Vorliegen in der Vorinstanz das Revisionsgericht nur auf besondere Rüge hin nachzuprüfen hat;[17] in den Fällen jedenfalls, in denen dem Revisionsgericht die Prüfung von Amts wegen obliegt, ist eine Rügeverwirkung ausgeschlossen.

3. Das Gesetz kennt vereinzelt <u>weitere Bestimmungen</u>, denen es besondere Bedeutung beimisst und deren Verletzung es für besonders schwerwiegend hält. Es sind dies solche Vorschriften, deren Verletzung zwar keinen absoluten Revisionsgrund abgibt, die aber dadurch aus dem Kreis der übrigen

---

15) Kern S.84, JZ 58,94; Eb.Schmidt LK I Nr.174; Gage-Sarstedt S.77; KMR N 11f.Einleitung

16) Eb.Schmidt LK II N 66 zu § 337; KMR N 1od zu § 337; Noack S.27ff.

17) BGH 7,28 lässt es z.B.offen, ob die sachliche Zuständigkeit der Vorinstanz vom Revisionsgericht allgemein von Amts wegen nachzuprüfen ist.

Verfahrensnormen hervorgehoben werden, dass spezielle Vorkehrungen gegen eine Missachtung getroffen sind. Ein eklatantes Beispiel hierfür bietet die Bestimmung des § 136a. Hiernach sind Massnahmen, die die Willensentschliessung und Willensbetätigung, sowie das Erinnerungsvermögen und die Einsichtsfähigkeit des Beschuldigten[18] beeinträchtigen, verboten. Nach § 136a III gilt dieses Verbot ohne Rücksicht auf die Einwilligung des Verletzten und "Aussagen, die unter Verletzung dieses Verbots zustandegekommen sind, dürfen auch dann nicht verwertet werden, wenn der Beschuldigte der Verwertung zustimmt." § 136a lässt das Bestreben erkennen, bei Verletzung des § 136a keinesfalls einen Rügeverlust eintreten zu lassen, gleichgültig, wie sich der Verletzte zu dem Verstoss stellt. Diese besondere Bedeutung, die das Gesetz dadurch der Einhaltung dieser Verfahrensvorschrift beilegt, schliesst eine Rügeverwirkung ebenfalls aus.[19]

§ 9. Grundsatz der Beschleunigung und Amtsmaxime

Als bisheriges Ergebnis ist festzuhalten, dass eine Verwirkung der Revisionsrüge jedenfalls dann nicht eintreten kann, wenn es sich um absolute Revisionsgründe oder um das Fehlen von in jeder Lage des Verfahrens zu beachtenden Prozessvoraussetzungen oder um die Verletzung sonstiger Normen handelt, die durch ihre Bedeutung aus dem Kreis der übrigen Verfahrensvorschriften herausgehoben sind.
Im Folgenden bleibt zu untersuchen, ob und inwieweit unter dem Gesichtspunkt des Verfahrenszieles der materiellen Gerechtigkeit darüberhinaus die Möglichkeit einer Rügeverwirkung auszuschliessen ist.

Der materiellen Gerechtigkeit dient ein Verfahren dann, wenn das Gericht von Amts wegen Feststellungen über den seiner

---

18) § 136a gilt für die Vernehmung von Zeugen entsprechend (§ 69 III).

19) Eb.Schmidt LK II N 66 zu § 337; Wolff NJW 53,1656; ausführlich Noack S.35; aA Erbs NJW 51,389; Tillmann bei Löwe-Rosenberg N 11a zu § 136a

Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt zu treffen hat, ohne in seinen Ermittlungen durch das jeweilige Parteiverhalten beschränkt zu sein, und wenn es in seiner Entscheidung diesen Sachverhalt rechtlich frei zu würdigen hat, ohne durch etwaige Anträge und Erklärungen der Parteien gebunden zu sein. Je mehr das Gesetz den Parteien prozessuale Verfügungsmöglichkeiten einräumt, je mehr tritt der Gedanke der materiellen Gerechtigkeit zurück. Das Gesetz wird daher den Parteien prozessuale Verfügungsmöglichkeiten umso weniger einräumen, je mehr der Staat generell an der Durchsetzung der streitbefangenen Ansprüche interessiert ist.[1)]

I. Prozessuale Verfügungsmöglichkeiten sind in verschiedenen Ausprägungen denkbar.
Zunächst kann das Gesetz den Parteien ein unmittelbares[2)] Verfügungsrecht über den Prozessgegenstand einräumen. So können im Zivilprozess die Parteien in der Regel einen gerichtlichen Vergleich abschliessen, der Beklagte kann den geltend gemachten Anspruch - mit für das Gericht bindender Wirkung - anerkennen, der Kläger kann darauf verzichten, und über die Sachanträge der Parteien darf das Gericht in seiner Entscheidung nicht hinausgehen.
Ein mittelbares Verfügungsrecht[3)] ist denkbar in der Art, dass das Gericht in seinen tatsächlichen Feststellungen an übereinstimmende Parteierklärungen gebunden ist, dass es Beweismittel nur insoweit benutzen kann, als die Parteien Beweis antreten, und schliesslich auch in der Art, dass die Parteien auf die Verfahrensgestaltung bestimmend einzuwirken vermögen, dass sie Rechtsmittel einlegen und auf Verfahrensrügen verzichten können. Solche mittelbaren Verfügungsrechte schliessen stets die Möglichkeit der indirekten Verfügung über den Prozessgegenstand in sich; denn dadurch, dass die Partei die Verfolgung eines Anspruchs oder die Verteidigung gegen einen Anspruch unterlässt, verfügt sie indirekt über

---

1) vgl.Beling S.134

2) Birkmeyer S.133 spricht von einem "materiellen" Verfügungsrecht.

3) Birkmeyer S.133 spricht von einem "formellen" Verfügungsrecht.

den Anspruch selbst.[4]
Wenn das Gesetz die Möglichkeit einer Verwirkung zulässt, spricht es damit den Parteien eine mittelbare Verfügungsmöglichkeit zu. Es handelt sich bei der Rügeverwirkung zwar nicht um eine Verfügung im Sinne einer rechtsgeschäftlichen Erklärung, aber doch um eine Verfügung in dem Sinne, dass die Partei Einfluss auf die Verfahrensgestaltung und damit Einfluss auf den rechtskräftigen Urteilsausspruch als Ergebnis des Verfahrens erhält: infolge des Verwirkungsverhaltens der Partei wird ein fehlerhafter Prozessvorgang der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen und wird so ein fehlerhaftes und daher potentiell unrichtiges Urteil unangreifbar.

II. Nun besteht aber die Eigenart des öffentlichen Strafanspruchs, um den es im Strafverfahren geht, darin, mittelbare oder gar unmittelbare Verfügungsmöglichkeiten der Parteien weitgehend auszuschliessen. Der öffentliche Strafanspruch ist eine "causa publica",[5] an deren Durchsetzung der Staat grundlegend interessiert ist und mit deren Wesen eine Verfügungsgewalt der Parteien nicht in Einklang stehen würde. Denn die Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit muss oberstes Ziel eines jeden Strafverfahrens sein.[6] Allerdings verfolgt das Gesetz dieses Ziel der materiellen Gerechtigkeit nicht ausschliesslich. Es kennt vielmehr Bestimmungen, die der Wahrheitsermittlung - der Voraussetzung zur Gewinnung eines materiellrechtlich richtigen Urteils - Grenzen ziehen; so kann etwa der Grundsatz der Öffentlichkeit[7] oder die Bestimmungen über das Zeugnisverweigerungsrecht[8] im Einzelfall der Wahrheitsermittlung entgegenstehen. Insofern geht es im Strafverfahren "nicht nur um die materiellrechtliche Richtigkeit des Urteils, sondern ebenso um ihre

---

4) Birkmeyer S.133; Beling S.134

5) Beling S.134; vgl.auch Henkel S.124; Eb.Schmidt LK I Nr.1o1

6) auf die Feststellung der materiellen Wahrheit bezogen: Siegert, Die Prozesshandlungen, ihr Widerruf und ihre Nachholung, 1929, S.96; Birkmeyer S.81; Rosenfeld S.57; Gerland S.168

7) vgl.BGH JZ 57,185 mit Anm. von Kern

8) vgl.Eb.Schmidt ZStW 65,167

Gewinnung auf keinem andern als dem justizförmigen Weg".[9] Prozessuale Verfügungsmöglichkeiten der Parteien jedoch, die der Wahrheitsermittlung und überhaupt der Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit entgegenstehen könnten, sind im Strafprozess selten. Das Hauptbedenken gegen eine Anerkennung der Rügeverwirkung liegt demnach darin, dass mit ihr den Parteien eine mittelbare prozessuale Verfügungsmöglichkeit eingeräumt würde, die sich mit dem Charakter des öffentlichen Strafanspruchs nicht vereinbaren liesse.[10]

III. Es ist daher im einzelnen zu prüfen, wieweit das Strafverfahren Bestimmungen kennt, die den Parteien prozessuale Verfügungsmöglichkeiten zusprechen, und welche Rückschlüsse sich hieraus für das Verwirkungsproblem ergeben.

1. Eine ganz entscheidende prozessuale Verfügungsmöglichkeit ist auf Grund des Anklagegrundsatzes der Staatsanwaltschaft als Anklagebehörde eingeräumt. Durch ihr Anklagemonopol[11] entscheidet sie darüber, ob eine Sache vor Gericht kommen soll. Die Staatsanwaltschaft ist zwar durch den Legalitätsgrundsatz gebunden, wegen aller strafbaren und zu verfolgenden Handlungen einzuschreiten;[12] schreitet sie aber nicht ein und bringt eine Sache nicht vor Gericht, so bleibt die Sache - abgesehen von der Möglichkeit der Privatklage und der Anklageerzwingung - unverfolgt.
Aus der Stellung der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren dürfen jedoch keine Rückschlüsse auf ihre Stellung im gerichtlichen Verfahren gezogen werden; denn nach Eröffnung der gerichtlichen Untersuchung ist sie nicht mehr "dominus litis".[13] Im gerichtlichen Verfahren hat die Staatsanwaltschaft grundsätzlich keine weiterreichenden prozessualen Rechte als der Beschuldigte (Grundsatz der Waffengleichheit).[14] Zudem ist zu berücksichtigen, dass die

---

9) Eb.Schmidt JZ 58,601
10) Ähnlich schon Birkmeyer S.133 Anm.6
11) Kern S.46
12) Kern aaO
13) Kern S.150
14) vgl.Kern S.66ff.

Staatsanwaltschaft, wenn ihr prozessuale Verfügungsmöglichkeiten zustehen, nicht nach Belieben verfahren kann; denn für die Staatsanwaltschaft ist "alles Pflicht, nichts aber blosse Möglichkeit".[15]
Auch mit dem Privat- oder Nebenklagerecht des Verletzten verhält es sich nicht anders; auf die Einhaltung der Verfahrensvorschriften nämlich hat der Privat- oder Nebenkläger keinen weitergehenden Einfluss als der Staatsanwalt im Offizialverfahren.

2. Ein Argument zur Begründung einer Rügeverwirkung liegt in dem Hinweis auf das Rechtsmittelrecht der Parteien. Die Parteien haben es ja in der Hand, durch Rechtsmittelverzicht oder durch blosses Verstreichenlassen der Rechtsmittelfrist ein unrichtiges Urteil rechtskräftig werden zu lassen, oder durch Ausnutzung der gegebenen Rechtsmittel eine Nachprüfung des Urteils zu erreichen. Bei Einlegung der Revision können sie ausserdem die revisionsgerichtliche Nachprüfung einzelner Verfahrensfehler unterbinden, indem sie diese Verfahrensfehler nicht gemäss § 344 II 2[16] rügen. Wenn es somit der Entscheidung der Parteien überlassen bleibt, ob selbst schwerste Verfahrensverstösse geheilt werden, warum soll dann nicht die Heilung einzelner - vielleicht auch nur einzelner weniger bedeutender - Verfahrensverstösse durch Rügeverwirkung möglich sein? Wenn es vom Parteiverhalten nach der Hauptverhandlung abhängt, ob ein Urteil insgesamt der revisionsgerichtlichen Nachprüfung unterliegt, warum soll dann nicht das Parteiverhalten in der Hauptverhandlung bewirken können, dass einzelne Verfahrensverstösse der revisionsgerichtlichen Nachprüfung entzogen werden?[17]
Derartige Erwägungen sind nicht stichhaltig. Die Regelung des Rechtsmittelsrechts ist ein wohlausgewogener Kompromiss zwischen der Forderung nach Rechtssicherheit - einmal muss das Verfahren ja abgeschlossen werden - und der nach

---

15) Gerland S.169

16) "unter Angabe der den Mangel enthaltenden Tatsachen"

17) Mit diesen Erwägungen arbeitet Wolff NJW 53,1657

materieller Gerechtigkeit. Dieser Kompromiss spricht in seiner positivgesetzlichen Ausformung gerade gegen eine Rügeverwirkung; denn nach der gesetzlichen Regelung wird im Strafprozess die Heilung fehlerhafter Prozessvorgänge grundsätzlich bis zur Rechtskraft des Urteils hinausgeschoben.[18] Dies ist durchaus sinnvoll, da die Parteien vor der Urteilsverkündung in aller Regel nicht übersehen können, ob im konkreten Fall die Verletzung einer Verfahrensvorschrift Bedeutung für den Urteilsinhalt erlangen wird; sie sollen deshalb nach Urteilsverkündung vermöge ihres nunmehr besseren Überblicks entscheiden können, ob und inwieweit sie ein Urteil anfechten wollen.[19]
Die gesetzliche Regelung des Rechtsmittelrechts kann daher nicht zur Begründung der Rügeverwirkung dienen.

3. Im Verfahren der jeweiligen Instanz haben die Parteien grundsätzlich keine Möglichkeit, über die Verfahrensgestaltung oder gar unmittelbar über den Prozessgegenstand zu verfügen: ist eine Strafsache einmal vor Gericht anhängig, so kann die Klage - ausser bei den Fällen der Privatklage (§ 391) - nicht mehr zurückgenommen werden, und an die Schlussanträge der Parteien ist das Gericht nicht gebunden (§ 155 II); das Gericht ist bei seinen Ermittlungen nicht auf Beweisanträge der Parteien angewiesen, auch hat etwa ein Geständnis des Beschuldigten für das Gericht keine bindende Wirkung, sondern das Gericht ist "innerhalb der durch die Klage gezogenen Grenzen zu einer selbständigen Tätigkeit berechtigt und verpflichtet" (§ 155 II) und hat "zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind" (§ 244 II). Entsprechend stehen die Verfahrensnormen grundsätzlich nicht zur Disposition der Parteien.

a) Die Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit als oberstes Ziel des Strafverfahrens soll also dadurch erreicht werden, dass grundsätzlich das Gericht von Amts wegen die materielle

18) vgl.Niese DRZ 49,5o6

19) Daher ist ein Rechtsmittelverzicht auch erst nach Erlass einer Entscheidung zulässig - vgl.Stock S.162

Wahrheit zu erforschen hat, ohne sich in seiner Tätigkeit durch irgendein Parteiverhalten beschränken zu lassen, und dass es auf Grund seiner tatsächlichen Feststellungen das Urteil zu finden hat, ohne durch Parteierklärungen gebunden zu sein. Man spricht daher von einer das Strafverfahren beherrschenden "Amtsmaxime" oder einem "Offizialprinzip",[20] nach dem, "wenn die Klage einmal da ist, das Gericht die Lage in vollem Umfang beherrscht".[21]

b) Es wäre jedoch falsch, davon auszugehen, das Gesetz wolle den Parteien überhaupt keinen Einfluss auf das Verfahren in der Instanz einräumen. Im Gegenteil haben die Parteien auch im Strafverfahren ganz entscheidende prozessuale Einwirkungsmöglichkeiten, die zu einer gewissen Durchbrechung der Amtsmaxime führen.

aa) Die Parteien haben zunächst in verschiedenen Fällen die Möglichkeit, formell prozessuale Anträge zu stellen, über die das Gericht zwar nach seinem Ermessen zu entscheiden hat, die es aber behandeln und bescheiden muss; z.B. Anträge auf Aussetzung des Verfahrens (§§ 246 II - IV, 228 I), Anträge auf Bestellung eines Verteidigers nach § 14o II, Anträge auf Einnahme eines Augenscheins (§ 244 V).
Darüberhinaus kann die Partei durch Willenserklärungen gestaltend im eigentlichen Sinn auf das Verfahren einwirken. So wird in den Fällen des § 14o I Ziff.2 und 5 die Beiordnung eines Verteidigers notwendig, wenn die Parteien dies fristgerecht beantragen; bestimmt sich der Beschuldigte nach § 137 einen Verteidiger, so erhält dieser damit die Rechte aus §§ 145ff.. Erhebt der Beschuldigte nach § 16 zu Recht den Einwand der örtlichen Unzuständigkeit, so hat das Gericht auf diesen Einwand hin - nach Eröffnung des Hauptverfahrens nicht

---

20) vgl.Heinze GA 24,274; Kern S.51ff. spricht vom "Ermittlungsgrundsatz"; doch dürfte der Ermittlungsgrundsatz als Beweisgrundsatz den Satz,wonach das Gericht an die Schlussanträge der Parteien nicht gebunden ist, nicht mitumfassen.

21) Beling S.34; Beling spricht daher auch vom "Grundsatz der Gerichtsherrschaft".

mehr von Amts wegen - seine Unzuständigkeit auszusprechen (§ 18). Nach § 24 können die Parteien einen Richter ablehnen. Nach § 233 kann der Angeklagte in bestimmten Fällen auf seinen Antrag hin von der Erscheinungspflicht entbunden werden. Anträgen auf Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen ist zu entsprechen, wenn nicht Ablehnungsgründe i.S. des § 244 III und IV vorliegen. Vom Angeklagten unmittelbar geladene (§ 220) und auch erschienene Zeugen und Sachverständige sind in der Hauptverhandlung zu vernehmen (§ 245); von der Vernehmung kann nur abgesehen werden, wenn Staatsanwalt und Angeklagter damit einverstanden sind (§ 245 S.3). Nach § 251 I Ziff.4 kann die Vernehmung eines Zeugen usw. durch die Verlesung des Protokolls über seine frühere richterliche Vernehmung ersetzt werden, wenn Staatsanwalt, Verteidiger und Angeklagter damit einverstanden sind; ebenso bedarf nach § 325 in der Berufungsverhandlung die Verlesung von Vernehmungsprotokollen der ersten Instanz unter bestimmten Voraussetzungen der Zustimmung von Staatsanwalt und Angeklagtem.

Schliesslich haben die Parteien auch insofern wichtige Einwirkungsmöglichkeiten, als sie sich durch Aussagen, rechtliche Ausführungen, Fragen an Zeugen und Sachverständige usw. am Verfahren beteiligen können.

bb) Diese angeführten Befugnisse der Parteien bedeuten sämtlich eine Durchbrechung der Amtsmaxime: einerseits ist das Gericht auf Grund von Parteianträgen verpflichtet, die Anträge zu behandeln und zu bescheiden oder gar den Anträgen, ohne dass dem Gericht ein Ermessensspielraum eingeräumt wäre, zu entsprechen; andererseits erlauben Parteiwillenserklärungen dem Gericht ein prozessuales Vorgehen, das ohne diese Erklärungen nicht zulässig wäre, und schliesslich können die Parteien durch Äusserungen, Fragen usw. Prozessstoff einführen, dessen Einführung dem Gericht mangels eigener Kenntnis nicht immer möglich wäre. Das Gericht ist insoweit vom Verhalten der Parteien abhängig.

Im entscheidenden Kern jedoch bleibt das Verfahren von

der Amtsmaxime bestimmt. Unabhängig von irgendeinem Parteiverhalten hat das Gericht das Recht und die Pflicht, von Amts wegen alles zur Erforschung der Wahrheit und zur Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit Erforderliche zu tun. Hierin kann es durch kein Parteiverhalten beschränkt werden.[22)]

So hat das Gericht bei der Beweisaufnahme von Amts wegen alle für die Entscheidung erheblichen Beweismittel heranzuziehen, ohne auf Beweisanträge der Parteien warten zu müssen (§ 244 II). Oder es hat - auch wenn die Voraussetzungen des § 140 I Ziff.1,3,4,6,7 nicht vorliegen - von Amts wegen einen Verteidiger zu bestellen, wenn dies sachlich erforderlich ist, ohne auf einen entsprechenden Antrag der Parteien angewiesen zu sein (§ 140 II). Oder das Gericht darf, auch wenn die Parteien mit der Verlesung eines Vernehmungsprotokolls nach § 251 Ziff.4 einverstanden sind, von der unmittelbaren Vernehmung der Beweisperson nicht Abstand nehmen, wenn dies zur Wahrheitserforschung notwendig ist.[23)]
Diese Befugnisse der Parteien kommen also erst dann zur Auswirkung, wenn das Gericht alles, was es zur Erforschung der Wahrheit und zur Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit für erforderlich und ausreichend halten durfte und musste, getan hat. Damit ist zwar insoweit die Amtsmaxime durchbrochen, nicht aber das Anliegen der materiellen Gerechtigkeit vernachlässigt. Diese gesetzlich zugelassenen Einwirkungsmöglichkeiten der Parteien auf das Verfahren können das Gericht nur zu einer Vermehrung, nicht zu einer Beschränkung des Prozessstoffs, nur zu einer Erweiterung, nicht zu einer Einschränkung der Untersuchung zwingen.

Sucht man nach den rechtspolitischen Gründen, aus denen das Gesetz den Parteien diese Rechte eingeräumt hat, so liegt ein Grund sicherlich darin, dass die Parteien in der Regel

---

22) Die wohl einzigen Ausnahmen stellen dar: § 18, wonach ein örtlich unzuständiges Gericht sich nach Eröffnung des Hauptverfahrens nicht mehr von Amts wegen für unzuständig erklären darf, und der Umstand, dass das Gericht den Beschuldigten nicht zu einer aktiven Beteiligung am Verfahren zwingen kann.

23) vgl.BGH 9,233

mit der zur Verhandlung stehenden Sache am ehesten vertraut sind. Sie haben u.U. eine bessere Kenntnis von den Möglichkeiten und Schwierigkeiten, den Sachverhalt aufzuklären und Belastungs- oder Entlastungsmomente aufzufinden, als dies dem Gericht auch bei bestem Bemühen möglich wäre. Der Gesetzgeber geht also davon aus, dass eine Beteiligung der Parteien an der Verfahrensgestaltung in diesem Rahmen der Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit nur förderlich sein kann.
Ein anderer Grund ist aber mehr psychologischer Art: Ein Urteil erfüllt nur dann voll seinen Zweck, wenn es nicht nur gerecht ist, sondern auch die Parteien (von der Staatsanwaltschaft sei hier abgesehen) und die Allgemeinheit von seiner Richtigkeit überzeugt. Der Angeklagte insbesondere wird nur dann von der Richtigkeit seiner Verurteilung überzeugt sein, wenn er sieht, dass das Gericht seinen Fall - besonders in den Punkten, die er selbst für erheblich ansieht - erschöpfend erörtert, untersucht und würdigt.[24] Unter diesem Gesichtspunkt hat es seine volle Berechtigung, wenn die Parteien das Gericht zwingen können, sich mit bestimmten Punkten zu befassen.

c) Es drängt sich daher der Schluss auf, dass das Gesetz, wenn es den Parteien diese prozessualen Einwirkungsmöglichkeiten gewährt, damit den Parteien nicht eine mittelbare Verfügungsbefugnis über den Prozessgegenstand einräumen will. Diese Einwirkungsmöglichkeiten können insbesondere nicht als Argument für eine Ausweitung der Parteiherrschaft im Strafprozess benützt,[25] sie können nicht als eine Zurückdrängung des öffentlichen Interesses an materieller Gerechtigkeit verstanden werden.
Ob eine Rügeverwirkung hinsichtlich solcher fehlerhafter Prozessvorgänge, die ausserhalb der Amtsmaxime stehen, möglich ist, sei zunächst dahingestellt. Bei diesen Prozessvorgängen ist den Parteien vom Gesetz ein bestimmender Einfluss

---

24) vgl.Stock, Mezger-Festschr.S.433ff.
25) vgl.Niese DRZ '49,5o6

eingeräumt; hier wäre deshalb auch die Möglichkeit einer Rügeverwirkung denkbar. Hinsichtlich der Prozessvorgänge jedenfalls, die unter der Amtsmaxime stehen, muss grundsätzlich jede Möglichkeit einer Rügeverwirkung ausgeschlossen sein. Das grundlegende öffentliche Interesse an Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit im Strafprozess zwingt dazu, den Parteien in der Instanz über die unter der Amtsmaxime stehenden Normen jede Verfügungsmöglichkeit zu versagen. Denn die Einhaltung dieser - unter der Amtsmaxime stehenden - Normen ist nach Ansicht des Gesetzgebers die Mindestvoraussetzung, der einzig zulässige und ausreichende Weg zur Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit[26] oder aber zum Schutz gleichwertiger Interessen. Die Möglichkeit einer Rügeverwirkung würde bedeuten, dass ein Urteil nicht mehr gerügt werden könnte, obwohl es nicht die genügenden Garantien für die Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit bietet.

Der Grundsatz der Beschleunigung, der für eine Rügeverwirkung spricht, muss daher insoweit kraft gesetzlicher Wertakzentuierung hinter dem Gedanken der materiellen Gerechtigkeit zurücktreten.

IV. Es geht auch nicht an, innerhalb der unter der Amtsmaxime stehenden Normen eine Gruppe von Normen herauszulösen, die eine geringere Bedeutung für Wahrheit und Gerechtigkeit haben, und für diese Normen eine Verwirkungsmöglichkeit zu bejahen.[27] Sicherlich kann man die Normen der StPO nach ihrer grösseren oder geringeren generellen Bedeutung für die Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit unterscheiden. Jedoch lässt sich im Einzelfall - wird das Beruhen des Urteils auf einem Verstoss nicht verneint - nie mit Sicherheit die Auswirkung eines Verstosses auf den Urteilsinhalt übersehen. Nachdem das Gesetz die Einhaltung auch solcher weniger

---

26) vgl. Oetker JW 28,2264, wonach dem Gesetz nur bei Einhaltung der Prozessvorschriften eine "gerechte und zweckentsprechende Rechtspflege garantiert erscheint".

27) Wolff NJW 53,1656ff unternimmt dies für die von ihm gebildete Gruppe der "wegweisenden, schützenden und methodischen Normen".

bedeutenden Normen als für die Gewinnung eines gerechten Urteils unerlässlich erklärt hat - unabhängig von jeder Parteiinitiative -, ist es kaum angängig, das Parteiverhalten dafür bestimmend anzusehen, ob ein Verstoss hiergegen gerügt werden kann oder nicht, und damit, ob ein Urteil anfechtbar ist oder Bestand haben soll.

V. Verschiedentlich wird auch versucht, die Frage der Rügeverwirkung danach zu lösen, ob die Parteien eine Mitverantwortung für die Einhaltung der Verfahrensvorschriften tragen.[28] Diese Fragestellung ist aber nicht fruchtbar. Zunächst ist es unrichtig, davon auszugehen, das Gericht trage die alleinige Verantwortung für die Einhaltung der Verfahrensvorschriften;[29] denn der Staatsanwalt ist kraft seiner Amtspflicht[30] und der Verteidiger kraft seiner prozessualen Stellung gehalten, über die Einhaltung eines prozessordnungsgemässen Verfahrens durch das Gericht zu wachen. Aber auch wenn die Parteien für die Einhaltung der Verfahrensnormen zum Teil mitverantwortlich sind, d.h. über deren Einhaltung zu wachen haben, ist damit nicht gesagt, dass sie über Verfahrensvorschriften verfügen oder auch nur bei deren Verletzung das Rügerecht verwirken könnten.[31]

Damit ist eine Verwirkung von Verfahrensrügen immer dann auszuschliessen, wenn es sich um die Verletzung von unter der Amtsmaxime stehenden Verfahrensnormen handelt, d.h. um die Verletzung solcher Normen, die dem Gericht eine bestimmte Verfahrensgestaltung zwingend - ohne Rücksicht auf ein irgendwie geartetes Parteiverhalten - vorschreiben.[32]

---

28) vgl.Jescheck GA 1953,89; Niese DRZ 49,5o6; Henkel S.435; Noack S.19

29) so allerdings Niese aaO; Jescheck aaO; Noack aaO

3o) vgl.Henkel aaO

31) über die Auswirkung des Gebots von Treu und Glauben vgl.u.S.59

32) Im Ergebnis wie im Text Noack S.16; in ähnlichem Sinn wohl KMR N 1oc zu § 337, wonach eine Rügeverwirkung dann ausgeschlossen ist, wenn die verletzte Vorschrift unnachgiebiges zwingendes Recht enthält; Jescheck GA 1953,89 und Eb.Schmidt LK II N 66 zu § 337, wonach Verfahrensrügen allenfalls insoweit verwirkbar sein sollen, als es sich um"verzichtbare" Formvorschriften handelt; aA Jescheck

§ 1o. Rügeverwirkung hinsichtlich solcher fehlerhafter Prozessvorgänge, die nicht unter der Amtsmaxime stehen

Wurde im Vorhergehenden nachzuweisen versucht, dass bei allen unter der Amtsmaxime stehenden Prozessvorgängen eine Rügeverwirkung - soweit das Gesetz nicht ausdrücklich eine solche anerkennt - nicht eintreten kann, so bleibt nunmehr zu untersuchen, ob wenigstens bei den nicht unter der Amtsmaxime stehenden Prozessvorgängen eine Rügeverwirkung angenommen werden kann.

I. Soweit das Gesetz Ausnahmen von der Amtsmaxime kennt, räumt es den Parteien gewisse Mitwirkungsmöglichkeiten an der

---

JZ 52,4o2 Anm.22 für die Fälle arglistigen Verhaltens, da die Partei einen Fehler absichtlich nicht rügt, um sich einen Revisionsgrund zu erhalten.
Zu einem ähnlichen Ergebnis wie im Text kommen auch verschiedene höchstrichterliche Entscheidungen. So BGH JZ 57,98: Die Vernehmungsniederschrift eines Zeugen, der ein Zeugnisverweigerungsrecht hatte, wurde in der Hauptverhandlung mit Zustimmung der Prozessbeteiligten verlesen, obwohl der Zeuge in der Hauptverhandlung sein Zeugnisverweigerungsrecht geltend machte; in der Verlesung liege ein Verstoss gegen § 252, da das Verbot des § 252 nicht durch das Einverständnis der Parteien umgangen werden dürfe. Die Revisionsrüge des Angeklagten sei, da die Einverständniserklärung "bedeutungslos" sei, auch nicht verwirkt (zust.Eb.Schmidt JZ 57,99).- BGH NJW 52,13o6: Fand ein Teil der Hauptverhandlung unzulässigerweise in Abwesenheit des Angeklagten statt, so sei es unerheblich, wenn der Verteidiger später ohne Widerspruch des Angeklagten sein Einverständnis mit dem Verfahren erklärt hat (zust. Eb.Schmidt LK II N 8 zu § 23o).- OLG Köln NJW 57,1373: Bei klaren Verstössen gegen das Vereidigungsverbot des § 6o gelte der Grundsatz nicht, wonach bei Nichtgebrauchmachen von dem Rechtsbehelf des § 238 II gegenüber einer sachleitenden Anordnung des Vorsitzenden die entsprechende Revisionsrüge ausgeschlossen sei.- RG 64,3o9: Die Vorschriften über die Schöffenvereidigung seien zwingendes Recht. Fehler in der Vereidigung könnten nicht nachträglich durch das Einverständnis der Parteien geheilt werden.- OLG Frankfurt SJZ 5o,463: Die widerspruchslose Hinnahme eines Verstosses gegen § 247 (unzulässige zwangsweise Entfernung des Angeklagten aus der Hauptverhandlung) schliesse die Revisionsrüge grundsätzlich nicht aus (zust. Eb.Schmidt LK II N 24 zu § 247).

Verfahrensgestaltung ein; es gewährt ihnen prozessuale Befugnisse, deren Ausübung in ihrem Belieben steht.[1] Diese Mitwirkungsmöglichkeiten beinhalten gleichzeitig eine Mitwirkungslast der Parteien im Sinne einer prozessualen Last: nutzt eine Partei ihre prozessualen Befugnisse nicht aus, so muss sie sich damit zufrieden geben, dass das Gericht sich auf eine Untersuchung beschränkt, wie sie vom Standpunkt des Gerichts aus erforderlich und ausreichend erscheint, ohne die Gesichtspunkte, die der Partei wesentlich erscheinen, notwendig beachten zu müssen. Stellt der Angeklagte z.B. keinen Beweisantrag, obwohl er noch Entlastungsmöglichkeiten zu haben glaubt, so muss er es in Kauf nehmen, dass das Gericht diese Entlastungsmöglichkeiten nicht ausschöpft.
Es ist nun die Frage, ob diese Mitwirkungslast der Parteien sich hierin erschöpft, oder ob sie eine weitere Mitwirkungslast zur Folge hat, dergestalt, dass die Partei eine ihr bewusst werdende Missachtung ihrer Befugnisse zu verhindern suchen muss, will sie nicht die Rechte aus dieser Missachtung, will sie nicht speziell die Revisionsrüge verlieren.
Wenn der Angeklagte, um bei dem angeführten Beispiel zu bleiben, von einem Beweisantrag absieht, obwohl er noch Entlastungsmöglichkeiten zu haben glaubt, so muss er sich damit abfinden, dass diese Entlastungsmöglichkeiten nicht ausgeschöpft werden.[2] Geht die Mitwirkungslast des Angeklagten aber nun noch weiter? geht sie soweit, dass er, wird ein von ihm gestellter Beweisantrag vom Gericht übergangen, die ihm bekannten Möglichkeiten zur Durchsetzung seines Antrags ausnutzen muss, will er nicht seine Rechte aus der Übergehung des Antrags verlieren, d.h. will er nicht die Revisionsrüge wegen Übergehung des Antrags verlieren?
Niese[3] sieht eine "prozessuale Ausstrahlung" der Untersuchungsmaxime (allgemeiner gesprochen: der Amtsmaxime) darin, dass das Gericht "für die Einhaltung des Verfahrens grundsätzlich

---

1) einen Ausschnitt solcher prozessualen Parteibefugnisse s.o.S.47

2) wenn der Beweis nicht schon im Rahmen der gerichtlichen Informationspflicht einzuziehen ist.

3) DRZ 49,5o6

allein die volle Verantwortung trägt". Es ist die Frage, ob bei Prozessvorgängen, die nicht unter der Amtsmaxime stehen, eine "prozessuale Ausstrahlung" in umgekehrter Richtung festzustellen, nämlich dahin, dass die Partei es sich hier zurechnen lassen muss, wenn sie nicht im Rahmen ihrer Kenntnisse und Möglichkeiten auf die Einhaltung der Verfahrensnormen drängt.

II. Es ist in diesem Zusammenhang wieder auf den gesetzgeberischen Grund einzugehen, der dazu führte, nicht den gesamten Verfahrensablauf unter die Amtsmaxime zu stellen, sondern auch den Parteien Initiativmöglichkeiten einzuräumen. Solche Gründe wurden[4] einmal darin gesehen, dass die Parteien u.U. besser als das Gericht Möglichkeiten zur Klärung der Sach- und Rechtslage finden, zum andern darin, dass die Privatbeteiligten nur dann von dem ehrlichen Bemühen des Gerichts um eine richtige Entscheidung überzeugt sein werden, wenn das Gericht sich mit den von ihnen für wesentlich erachteten Punkten auch auseinanderzusetzen sucht.

1. Dieser letztere psychologische Grund stünde der Annahme eines Rügeverlustes dann nicht entgegen, wenn die Partei in Kenntnis dessen, dass ihr eine Mitwirkungsmöglichkeit unzulässigerweise beschnitten wurde, und im Bewusstsein einer Abhilfemöglichkeit nichts gegen diesen Verfahrensverstoss unternimmt. Die Partei soll zwar die Möglichkeit haben, das Gericht zu zwingen, sich mit den von ihr für wesentlich erachteten Punkten auseinanderzusetzen. Duldet sie aber bewusst einen Verfahrensverstoss, der zu einer Beschneidung dieser Möglichkeiten führt, so muss sie die Folgen des Verfahrensverstosses sich selbst zuschreiben; sie kann sich nicht durch einen Verfahrensfehler benachteiligt, ungerecht behandelt fühlen, wenn sie nicht einmal die ihr bekannten Möglichkeiten, dem Verfahrensfehler abzuhelfen, ausgenutzt hat.

2. Aber auch der andere Grund, dass die eigenverantwortliche Beteiligung der Parteien am Verfahren ein Gewinn für die Durchsetzung der materiellen Wahrheit und Gerechtigkeit

---

4) s.o.S.49

bedeuten kann, dürfte einer Rügeverwirkung nicht entscheidend entgegenstehen.

a) Zunächst ist auch bei Anerkennung einer Rügeverwirkung gewährleistet, dass die Mindestvoraussetzungen, deren Beobachtung das Gesetz für die Findung der materiellen Gerechtigkeit dem Gericht von Amts wegen vorschreibt, gewahrt sind. Das Gesetz hat ja durch die Verankerung der Amtsmaxime im Strafprozess dafür gesorgt, dass das Gericht von Amts wegen alles zu tun hat, was - vom Standpunkt des Gerichts aus - zur Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit erforderlich erscheint.

b) Zum andern geht das Gesetz davon aus, dass die Parteien - durch ihr Interesse an einem in ihrem Sinne liegenden Verfahrensergebnis getrieben - alle ihnen bekannten Möglichkeiten zu einer Erforschung und Geltendmachung der ihr günstigen Umstände ausschöpfen. Nutzt eine Partei diese Möglichkeiten aber nicht aus, indem sie einen ihr bekannten Verstoss nicht rügt und es dadurch geschehen lässt, dass ihr diese Möglichkeiten beschnitten werden, so spricht eine gewisse tatsächliche Vermutung dafür, dass sie auch kein Interesse an deren Ausschöpfung hat und sich keinen Erfolg mehr davon verspricht.[5] Aber auch wenn feststeht, dass die Partei eine Missachtung ihrer Befugnisse als entscheidend für das Urteil ansieht,[6] stehen keine ausschlaggebenden Gründe einer Verwirkung entgegen. Es handelt sich hier ja nur um solche Mängel in der Erforschung der Sach- und Rechtslage, deren Vorliegen das Gesetz auch dann schon hinnehmen muss, wenn die Partei gar nicht aktiv sich am Verfahren beteiligt,

---

5) Es wird damit also auf ein Argument zurückgegriffen, das in anderem Zusammenhang (vgl.o.S.26) zurückgewiesen wurde, nämlich das Argument, es müsse in bestimmten Fällen die subjektive Ansicht der Partei, ein Verfahrensverstoss sei für das Urteil nicht entscheidend, als "massgeblich" (BGH NJW 52,1426) behandelt werden. Nur handelt es sich hier nicht um die Frage, ob ein Urteil auf einem Verstoss beruht.

6) wenn die Partei z.B. einen ihr wesentlich erscheinenden Verstoss in der Hauptverhandlung nicht rügt in der Absicht, später hierauf die Revision zu gründen.

obwohl sie selbst eine Beteiligung für nützlich hielte; wenn sie etwa keinen Beweisantrag stellt, obwohl sie der Ansicht ist, noch Beweismöglichkeiten zu haben."

Es ist letzten Endes nur ein kleiner Schritt vom Recht der Parteien, durch Prozesshandlungen oder sonst durch eigene Initiative an der Erforschung der Sach- und Rechtslage mitzuwirken, zur Pflicht, oder besser prozessualen Last, der Parteien, die ihnen bekannten Möglichkeiten auszunutzen, die ihnen zur Verhütung einer Missachtung der ihnen gesetzlich eingeräumten Prozessbefugnisse zur Verfügung stehen.

Das Gesetz macht bei den nicht unter der Amtsmaxime stehenden Prozessvorgängen den Verfahrensablauf von der Initiative der Parteien abhängig; es erscheint daher gerechtfertigt, auch bei Missachtung der Parteibefugnisse auf die Initiative abzustellen, die die Parteien zur Verhütung einer solchen Missachtung entwickelt haben. Bleibt die Partei insofern passiv, als sie sich nicht für die Durchsetzung ihrer Befugnisse einsetzt, so wird das im Gesetz zum Ausdruck kommende Interesse des Staates an der Achtung dieser Befugnisse gegenüber dem Interesse an einer raschen Verfahrensabwicklung zurücktreten müssen.

Wird ein Urteil zufolge einer derartigen Verwirkung der Verfahrensrüge unangreifbar, so bedeutet dies zwar möglicherweise eine Einbusse an materieller Gerechtigkeit; diese Einbusse muss aber gegenüber dem Gewinn an Beschleunigung des Verfahrens mit in Kauf genommen werden. Zwar hat das Ideal der materiellen Gerechtigkeit vor dem der Rechtssicherheit bei weitem den Vorzug im Strafprozess[7] und ist insbesondere der Grundsatz der materiellen Wahrheit oberster Grundsatz des Verfahrens;[8] aber dies schliesst nicht aus, dass nicht auch in gewissem Masse das Ideal der materiellen Gerechtigkeit Einschränkungen erfahren müsste durch den

---

7) Siegert, Die Prozesshandlungen, ihr Widerruf und ihre Nachholung, 1929, S.96; Sauer S.204

8) Siegert aaO; Birkmeyer S.81; Rosenfeld S.57; Gerland S.163

Gedanken der Rechtssicherheit.[9)]
Der Grundsatz der Beschleunigung als eine Wertentscheidung des Gesetzes dahin, dass das Verfahren raschestmöglich abzuschliessen ist, muss hier den Vorrang vor dem Interesse an Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit haben.

III. Damit ist eine Möglichkeit der Rügeverwirkung anzuerkennen bei solchen fehlerhaften Prozessvorgängen, die ausserhalb der Amtsmaxime stehen.
Das Ergebnis entspricht, dies bedeutet zwar keine Begründung, aber doch eine Stütze für die vorgebrachten Gründe, hinsichtlich des Kreises der verwirkbaren Verfahrensrügen der Ansicht der Motive zur RStPO,[1o)] wenn man unter dem dort verwendeten Begriff "Befugnisse" der Parteien die Befugnisse versteht, die den Parteien aus den ausserhalb der Amtsmaxime stehenden Normen zukommen.[11)]

Es ist jedoch mit aller Entschiedenheit daran festzuhalten, dass eine Rügeverwirkung stets nur dann eintreten kann, wenn die Partei
1. Kenntnis von dem Verfahrensverstoss in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht hat, und wenn sie
2. weiss, dass eine Abhilfemöglichkeit besteht.[12)]

Denn wenn die Partei den Verfahrensverstoss oder die

---

9) Henkel S.1o4 erklärt dagegen dass die Beschleunigung des Verfahrens nie auf Kosten der materiellen Gerechtigkeit gehen dürfte; eine solche absolute und unabdingbare Zielsetzung der materiellen Gerechtigkeit ist im Gesetz de lege lata jedoch nicht durchgeführt und lässt sich auch nicht durchführen. Henkel selbst will (S.435) eine Rügeverwirkung in denkbar grösstem Ausmass zulassen.

1o) Nach den Motiven (Hahn S.252) kann der Beschwerdeführer die Revision nicht "auf die Beschränkung einer prozessualischen Befugnis gründen .., wenn er durch sein eigenes Verhalten zu erkennen gegeben (hat), dass er die Beschränkung für eine ihm nachteilige nicht erachte".

11) eine nähere Umschreibung dieser "Befugnisse" s.u.S.68

12) Eb.Schmidt LK II N 67 zu § 337; KMR N 1oc zu § 337; Noack S.15; Mannheim JW 28,2292; OLG Bremen GA 1953,38; Wolff NJW 53,1658 lässt es hingegen für einen Rügeausschluss schon genügen, wenn der Angeklagte "weiss oder wissen muss", dass gegen eine Vorschrift verstossen ist.

Abhilfemöglichkeit nicht erkennt, dann versagen alle für eine Verwirkung sprechenden Gründe.

§ 11. Rügeverwirkung wegen arglistigen Verhaltens

I. Als Ergebnis lässt sich aus dem Bisherigen festhalten, dass eine Verwirkung von Verfahrensrügen stets dann nicht stattfinden kann, wenn es sich um die Verletzung von unter der Amtsmaxime stehenden Normen und ausserdem wenn es sich um absolute Revisionsgründe, um das Fehlen von Prozessvoraussetzungen oder um die Verletzung sonstiger Normen handelt, denen das Gesetz eine besondere Bedeutung beimisst.
Es können nun aber Fallgestaltungen eintreten, bei denen eine Verfahrensrüge nach den hier gefundenen Kriterien nicht verwirkbar ist, bei denen es aber trotzdem unangemessen erscheint, dem Revisionskläger eine Rüge zu erhalten. Das sind die Fällen, in denen der Revisionskläger in der Vorinstanz einen Verfahrensfehler arglistig nicht gerügt oder gar mitherbeigeführt hat, um sich einen Revisionsgrund zu sichern.

Ein eindrucksvolles Beispiel für ein solches arglistiges Verhalten des Revisionsklägers findet sich in dem einer Entscheidung des OLG Bremen[1] zugrundeliegenden Sachverhalt. Dort hatte die Verhandlung vor dem Amtsgericht zunächst ohne Beisein des Staatsanwalts stattgefunden. Der Staatsanwalt war erst erschienen, nachdem der Angeklagte zur Person vernommen und die zur Verhandlung stehende Strafverfügung verlesen worden war. Auf die Frage des Amtsrichters, ob die Verhandlung insoweit wiederholt werden solle, hatte der Angeklagte, der von Beruf Rechtsanwalt war, erklärt: "Ich verzichte". Er begründete dann aber seine Revision mit der zeitweiligen Abwesenheit des Staatsanwalts.
In der zeitweiligen Abwesenheit des Staatsanwalts liegt ein absoluter Revisionsgrund i.S. des § 338 Ziff.5; daher kann die Rüge nach den bisher entwickelten Grundsätzen nicht verwirkt werden, zumal die Anwesenheitspflicht der Staats-

1) GA 1953,87

anwaltschaft unabdingbar ist und nicht zur Disposition der Parteien steht. Gleichwohl mag es unbillig erscheinen, dem Angeklagten die Rüge nicht zu versagen, nachdem er in voller Kenntnis des Verfahrensverstosses und seiner rechtlichen Auswirkungen nichts zur Abhilfe des Verstosses getan hatte, und zwar dies offen-sichtlich in der Absicht, sich einen Revisionsgrund zu erhalten. Es ist daher die Frage zu stellen, ob in derartigen Fällen nicht das dolose Verhalten des Revisionsklägers - über den bisher behandelten Bereich der Rügeverwirkung hinausgehend - zu einem Rügeausschluss führen muss.

II. In der Tat wird die Ansicht vertreten, dass bei derart arglistigem Verhalten auf Grund des Satzes von Treu und Glauben stets[2] oder auch nur bei gewissen Verfahrensverstössen[3] ein Rügeausschluss eintreten soll.
Aus der "Einheit der Rechtsordnung"[4] wird gefolgert, dass nicht nur das materielle Privatrecht, sondern auch das materielle öffentliche Recht und das Verfahrensrecht[5] unter dem Gebot der Wahrung von Treu und Glauben stehe. Im Zivilprozess[6] ist die Geltung des Gebots von Treu und Glauben anerkannt. Daher ist hier etwa nach einer aussergerichtlichen Verpflichtung des Klägers zur Klagzurücknahme die Fortsetzung des Rechtsstreits unzulässig mit der Folge der Klagabweisung,[7] ebenso bei der Verpflichtung zur Zurücknahme der Berufung mit der Folge der Verwerfung der Berufung als unzulässig.[8]
Auch im Strafprozess[9] soll der Grundsatz von Treu und Glauben gelten, da "nicht abzusehen (sei), wieso der Prozessverkehr nicht wie der bürgerlich-rechtliche auf Treu

---

2) OLG Bremen GA 1953,87; LOG Frankfurt NJW 47/48,395; OLG Darmstadt JR 49,515; Henkel S.436

3) Jescheck JZ 52,403, GA 1953,89; KMR N 1ob zu § 337; Eb.Schmidt LK II N 31 zu § 238

4) Siebert S.126

5) Siebert S.125f., 245

6) vgl.hierzu Baumgärtel ZZP 69,89ff.; vgl.aber auch Novak, Treu und Glauben im Zivilprozess, Oesterr.JZ 1949,338

7) RGZ 159,190

8) RGZ 123,85

9) für das materielle Strafrecht vgl.Bruns JZ 56,147

und Glauben aufgebaut sein sollte";[10] die Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben sei im Strafprozess "positiv gar nicht hoch genug zu werten".[11] Eb.Schmidt allerdings verneint die Berechtigung eines prozessualen Satzes von Treu und Glauben, wenn er[12] von dem "zweifellos materiellrechtlichen" Gebot von Treu und Glauben spricht; doch will er damit die Anwendung dieses Gebots auf den Strafprozess nicht grundsätzlich ausschliessen, da er[13] von der Einwirkung "materiellrechtlicher Imperative" auf das Verfahren ausgeht.

III. Der Satz von Treu und Glauben ist ein vieldeutiger und schillernder Begriff; dies um so mehr, wenn er in Rechtsbereichen Anwendung finden soll, die - wie der Strafprozess - in denkbar grösstem Gegensatz zu dem des bürgerlichen Rechts stehen. Es ist daher eine Präzisierung und Konkretisierung der Fragestellung zu versuchen.

In spezieller Ausformung des Satzes von Treu und Glauben käme die Figur der Unzulässigkeit der Rechtsausübung zur Anwendung. Es wäre zu fragen, ob bei der Ausübung des Rügerechts "die Belange des Rechtsgegners so stark zu berücksichtigen sind, dass die Rechtsausübung durch den Rechtsinhaber (hier: Revisionsrüge durch den Revisionskläger) für unzulässig erklärt werden muss";[14] dabei wären die beiderseitigen Interessen "unparteiisch und gerecht"[15] gegeneinander abzuwägen.

Der Satz von Treu und Glauben gebietet eine "Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen des andern Teils";[16] er setzt daher ein "Beziehungsverhältnis"[17] voraus und innerhalb dieses Beziehungsverhältnisses einen Interessengegensatz verschiedener Interessenträger, der nach der "Ausgleichsnorm"[18] von Treu und Glauben zu beurteilen ist. Der Satz von Treu und Glauben bietet daher keine Möglichkeit, das Verhalten einer Partei absolut, d.h. unabhängig von etwaigen betroffenen

---

10) Beling S.172 11) Bohne JZ 57,589

12) Eb.Schmidt LK I Nr.65 Anm.73 13) aaO

14) Siebert S.118 15) Siebert S.117

16) Soergel-Siebert, Kommentar zum BGB, 8.Aufl.1952, NI 1 zu § 242; im Hinblick auf den Zivilprozess vgl.Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess, 1957, S.116

17) Baumgärtel ZZP 69,93 18) Baumgärtel aaO

Gegeninteressen zu werten.

1. Vor Anwendung des Satzes von Treu und Glauben ist also zunächst festzustellen, welche Rechts- und Interessenträger sich bei der jeweiligen Fallgestaltung gegenüberstehen und welcher Art die beiderseitigen dabei beteiligten Interessen sind.
   Im allgemeinen ist es schwierig, generelle Aussagen über die Art und das Ausmass der in der jeweiligen Fallgestaltung einander gegenüberstehenden Interessen zu machen, da in jedem einzelnen Fall sich ganz spezielle, nicht verallgemeinerungsfähige Interessen auswirken. Anders im Strafprozess: hier ist es grundsätzlich angängig, von typisierten Interessengegensätzen auszugehen, da die im Gesetz verankerte Rolle von Verteidigung, Anklage und Gericht allgemeine Aussagen über das Verhältnis von Anklage zu Verteidigung, von Verteidigung zu Gericht und von Anklage zu Gericht erlaubt.

a) Bei der Untersuchung der für und gegen einen Rügeausschluss sprechenden Interessen sei zunächst das Verhältnis des Angeklagten als Revisionsklägers zum Gericht herangezogen. Dass das Gericht nur ein Interesse des durch das Gericht repräsentierten Staates - oder anders ausgedrückt: der Allgemeinheit - zu wahren hat, nicht auch ein eigenes in der Person des Richters liegendes Interesse, versteht sich dabei von selbst.[19]
   Ist der Angeklagte Revisionskläger, so haben Gericht wie Angeklagter in einer Hinsicht ein übereinstimmendes gegen einen Rügeausschluss sprechendes Interesse, und zwar ist dies das Interesse an Wahrung der materiellen Gerechtigkeit. Beruht nämlich das Urteil auf einer den Angeklagten benachteiligenden Verfahrensverletzung, so ist das Urteil zum Nachteil des Angeklagten möglicherweise unrichtig.[20] Fand etwa die Hauptverhandlung in teilweiser Abwesenheit der Staatsanwaltschaft statt, so ist nicht auszuschliessen, dass bei ordnungsgemässer Anwesenheit des Staatsanwalts dessen Beteiligung am Verfahren zu anderen Feststellungen

---

19) hinsichtlich der entsprechenden Stellung der Staatsanwaltschaft vgl.Dohna S.4

2o) vgl.o.S.2

und zu einem andern, dem Angeklagten günstigeren Urteil geführt hätte. Dieses möglicherweise unrichtige Urteil zu vernichten, darin decken sich das Interesse des Angeklagten wie das vom Gericht vertretene Interesse des Staates[21] (von sonstigen durch die Einrichtung der Revision gesetzlich anerkannten Verfahrenszielen sei hier abgesehen). Doch sind noch andere - für einen Rügeausschluss sprechende - Interessen des Staates beteiligt. Da ist einmal das allgemeine Interesse an Rechtssicherheit, speziell an Verfahrensbeschleunigung; weiter das Interesse an Wahrung des Ansehens der Gerichte: kann der Angeklagte in der Revisionsinstanz noch Verfahrensverstösse rügen, die er schon in der Hauptverhandlung vor dem Untergericht hätte rügen können, und die er dort bewusst und absichtlich nicht gerügt hat oder gar arglistig mitherbeigeführt hat, so kann die darin liegende ungestrafte Missachtung des Gerichts das Ansehen des Gerichts und überhaupt der Rechtspflege gefährden;[22] und schliesslich das Interesse am Schutz der personellen und finanziellen Kräfte der Justiz:[23] Schutz der Gerichte vor unnötiger Inanspruchnahme.

b) Das Verhältnis des Neben- oder Privatklägers als Revisionsklägers zum Gericht entspricht dem des Angeklagten zum Gericht.

c) Ist die Staatsanwaltschaft Revisionskläger, so entfällt überhaupt ein Interessengegensatz zum Gericht. Beide, Staatsanwaltschaft wie Gericht, repräsentieren die Allgemeinheit, den Staat; hinter ihnen steht daher ein und derselbe Interessenträger. Insofern gibt es gar keinen Interessengegensatz, dessen Ausgleich nach dem Satz von Treu und Glauben zu suchen wäre. Wohl ist es möglich, dass die Revisionsrüge der Staatsanwaltschaft staatlichen Interessen widerspricht, dann handelt es sich aber nicht um einen Gegensatz Gericht - Staatsanwaltschaft, sondern um einen "internen" Gegensatz verschiedener staatlicher Interessen; für deren Abwägung ist, da es sich um einen und denselben

---

21) vgl.hierzu Dohna S.4f.; Gerland S.4o; ZStW 55,699; Eb.Schmidt LK I Nr.1oo; Stock, Mezger-Festschr.S.447

22) vgl.Tippelskirch GA 9,586f.

23) vgl.Baur, Lent-Festschr.S.7

Interessenträger handelt, der Satz von Treu und Glauben ungeeignet.

d) Ist der Angeklagte Revisionskläger, so entspricht das Verhältnis zur Staatsanwaltschaft als Revisionsgegnerin dem des Angeklagten zum Gericht, da die Staatsanwaltschaft ebenso wie das Gericht staatliche Interessen zu vertreten hat.

e) Ist die Staatsanwaltschaft Revisionskläger, so spricht im Verhältnis zum Angeklagten das staatliche Interesse an Wahrung der materiellen Gerechtigkeit gegen einen Rügeausschluss; für einen Rügeausschluss spricht das schutzwürdige Interesse des Angeklagten an einem baldigen und endgültigen Abschluss des Verfahrens.[24)]

f) Im Verhältnis des Privat- oder Nebenklägers als Revisionsklägers zum Angeklagten steht wieder das Interesse des Revisionsklägers an Wahrung der materiellen Gerechtigkeit auf der einen, das des Angeklagten an Beendigung des Verfahrens auf der andern Seite.

g) Das Verhältnis des Angeklagten als Revisionsklägers zum Privat- oder Nebenkläger muss ausser Betracht bleiben, da es der öffentlich-rechtliche Charakter der Strafe und des Strafverfahrens sicherlich verbietet, eine Revisionsrüge des Angeklagten mit Rücksicht auf das Privatinteresse des Privat- oder Nebenklägers an Aufrechterhaltung eines möglicherweise unrichtigen Urteils auszuschliessen.

2. Zugunsten eines Rügeausschlusses könnte also ins Gewicht fallen:
einmal - bei Revisionsklagen der Privatparteien - das öffentliche Interesse an Wahrung des Ansehens der Gerichte und an einem Schutz der personellen und finanziellen Mittel der Justiz, sowie das Interesse an einem möglichst schnellen Abschluss des jeweiligen Verfahrens; zum andern - bei Revisionsklagen der Anklage - das Interesse des Angeklagten an einem Abschluss des Verfahrens.

a) Das öffentliche Interesse an einer Verfahrensbeschleunigung

---

24) Ein Interesse des Angeklagten, ein evt.ungerechtfertigt mildes Urteil aufrechtzuerhalten, muss ausser Betracht bleiben, da es "dem Gesetz zuwider" läuft - vgl.Gerland S.4o.

und zu einem andern, dem Angeklagten günstigeren Urteil geführt hätte. Dieses möglicherweise unrichtige Urteil zu vernichten, darin decken sich das Interesse des Angeklagten wie das vom Gericht vertretene Interesse des Staates[21] (von sonstigen durch die Einrichtung der Revision gesetzlich anerkannten Verfahrenszielen sei hier abgesehen). Doch sind noch andere - für einen Rügeausschluss sprechende - Interessen des Staates beteiligt. Da ist einmal das allgemeine Interesse an Rechtssicherheit, speziell an Verfahrensbeschleunigung; weiter das Interesse an Wahrung des Ansehens der Gerichte: kann der Angeklagte in der Revisionsinstanz noch Verfahrensverstösse rügen, die er schon in der Hauptverhandlung vor dem Untergericht hätte rügen können, und die er dort bewusst und absichtlich nicht gerügt hat oder gar arglistig mitherbeigeführt hat, so kann die darin liegende ungestrafte Missachtung des Gerichts das Ansehen des Gerichts und überhaupt der Rechtspflege gefährden;[22] und schliesslich das Interesse am Schutz der personellen und finanziellen Kräfte der Justiz:[23] Schutz der Gerichte vor unnötiger Inanspruchnahme.

b) Das Verhältnis des Neben- oder Privatklägers als Revisionsklägers zum Gericht entspricht dem des Angeklagten zum Gericht.

c) Ist die Staatsanwaltschaft Revisionskläger, so entfällt überhaupt ein Interessengegensatz zum Gericht. Beide, Staatsanwaltschaft wie Gericht, repräsentieren die Allgemeinheit, den Staat; hinter ihnen steht daher ein und derselbe Interessenträger. Insofern gibt es gar keinen Interessengegensatz, dessen Ausgleich nach dem Satz von Treu und Glauben zu suchen wäre. Wohl ist es möglich, dass die Revisionsrüge der Staatsanwaltschaft staatlichen Interessen widerspricht, dann handelt es sich aber nicht um einen Gegensatz Gericht - Staatsanwaltschaft, sondern um einen "internen" Gegensatz verschiedener staatlicher Interessen; für deren Abwägung ist, da es sich um einen und denselben

---

21) vgl.hierzu Dohna S.4f.; Gerland S.4o; ZStW 55,699; Eb.Schmidt LK I Nr.1oo; Stock, Mezger-Festschr.S.447

22) vgl.Tippelskirch GA 9,586f.

23) vgl.Baur, Lent-Festschr.S.7

Interessenträger handelt, der Satz von Treu und Glauben ungeeignet.

d) Ist der Angeklagte Revisionskläger, so entspricht das Verhältnis zur Staatsanwaltschaft als Revisionsgegnerin dem des Angeklagten zum Gericht, da die Staatsanwaltschaft ebenso wie das Gericht staatliche Interessen zu vertreten hat.

e) Ist die Staatsanwaltschaft Revisionskläger, so spricht im Verhältnis zum Angeklagten das staatliche Interesse an Wahrung der materiellen Gerechtigkeit gegen einen Rügeausschluss; für einen Rügeausschluss spricht das schutzwürdige Interesse des Angeklagten an einem baldigen und endgültigen Abschluss des Verfahrens.[24)]

f) Im Verhältnis des Privat- oder Nebenklägers als Revisionsklägers zum Angeklagten steht wieder das Interesse des Revisionsklägers an Wahrung der materiellen Gerechtigkeit auf der einen, das des Angeklagten an Beendigung des Verfahrens auf der andern Seite.

g) Das Verhältnis des Angeklagten als Revisionsklägers zum Privat- oder Nebenkläger muss ausser Betracht bleiben, da es der öffentlich-rechtliche Charakter der Strafe und des Strafverfahrens sicherlich verbietet, eine Revisionsrüge des Angeklagten mit Rücksicht auf das Privatinteresse des Privat- oder Nebenklägers an Aufrechterhaltung eines möglicherweise unrichtigen Urteils auszuschliessen.

2. Zugunsten eines Rügeausschlusses könnte also ins Gewicht fallen:
einmal - bei Revisionsklagen der Privatparteien - das öffentliche Interesse an Wahrung des Ansehens der Gerichte und an einem Schutz der personellen und finanziellen Mittel der Justiz, sowie das Interesse an einem möglichst schnellen Abschluss des jeweiligen Verfahrens; zum andern - bei Revisionsklagen der Anklage - das Interesse des Angeklagten an einem Abschluss des Verfahrens.

a) Das öffentliche Interesse an einer Verfahrensbeschleunigung

---

24) Ein Interesse des Angeklagten, ein evt. ungerechtfertigt mildes Urteil aufrechtzuerhalten, muss ausser Betracht bleiben, da es "dem Gesetz zuwider" läuft - vgl. Gerland S.4o.

kann zu einem - über die bisher behandelten Fälle der Rügeverwirkung hinausgehenden - Rügeausschluss nicht führen. Es findet, soweit es vom Gesetz als berechtigt anerkannt wird, seinen vollen Ausdruck im Grundsatz der Beschleunigung; daher findet es auch seine Grenzen an dem entgegenstehenden öffentlichen Interesse an Wahrung der materiellen Gerechtigkeit und an Einhaltung der Formvorschriften. Die Tatsache, dass ein Revisionskläger einen Verfahrensmangel in der Hauptverhandlung vor dem Untergericht arglistig nicht gerügt hat, kann demgegenüber das vom Gesetz berücksichtigte Interesse an Wahrung der materiellen Gerechtigkeit und an Einhaltung der Formvorschriften nicht mindern, das Interesse an einer Verfahrensbeschleunigung nicht erhöhen. Wurde doch dafür, wieweit das Ziel der materiellen Gerechtigkeit hinter dem Gedanken der Verfahrensbeschleunigung zurückzutreten hat, bei der Frage der Rügeverwirkung eine objektive Grenze überall dort gefunden, wo die Prozessgestaltung von der Amtsmaxime beherrscht ist, wie auch in den Fällen, in denen die Formenstrenge des Verfahrens eine Rügeverwirkung verhindert, objektive Gründe als massgebend erkannt wurden.

b) Die Würde des Gerichts und damit das Ansehen der Rechtspflege wird gegen äussere Angriffe durch die sitzungspolizeilichen Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes geschützt (§§ 175ff.GVG). Die Sitzungspolizei ist ein "wichtiges Mittel zur Wahrung der Würde des Gerichts".[25] Darüberhinaus kennt das Gesetz für den Strafprozess jedoch keine Vorschriften, die speziell der Wahrung des Ansehens der Rechtspflege dienen. Es gibt zwar verschiedentlich Vorschriften, die mittelbar auch diesem Zweck dienen: so etwa die Normen, die einen Missbrauch des Gerichts durch prozessverschleppende Beweisanträge verbieten,[26] oder die Bestimmung des § 337 I, wonach die Revision nur auf solche Rechtsverletzungen gestützt werden kann, auf denen das Urteil beruht; durch diese letztere Bestimmung wird eine - das Ansehen der Untergerichte untergrabende[27] - Aufhebung von Urteilen aus für den Urteilsinhalt

---

25) Kern, Gerichtsverfassungsrecht, 3.Aufl.1959, S.323

26) §§ 244 III, 245, 266 III

27) vgl.Tippelskirch GA 9, 586f.; ferner Henkel S.441

unwesentlichen Gründen verhindert. Auch das Erfordernis der Beschwer als Voraussetzung einer Rechtsmitteleinlegung gehört hierher. Alle diese Bestimmungen schützen das Ansehen der Rechtspflege jedoch nur mittelbar; unmittelbarer Zweck der Bestimmungen ist die Verhinderung einer Verfahrensverzögerung; massgebend ist also der Gedanke der Verfahrensbeschleunigung.[28] Damit hat das Gesetz den Schutz des Ansehens der Gerichte deutlich dem Gedanken der Verfahrensbeschleunigung untergeordnet.

In einem Fall allerdings berücksichtigt die herrschende Meinung den Schutz des Ansehens der Gerichte, ohne dass das Moment der Verfahrensbeschleunigung mithereinspielte: es handelt sich um Beweisanträge, mit denen ausschliesslich verfahrensfremde Zwecke (etwa Reklame, politische Propaganda) verfolgt werden. Solche Beweisanträge können zurückgewiesen werden.[29] Doch liegt hier insofern ein Sonderfall vor, als der Antragsteller keinerlei im Verfahren begründetes Interesse an dem beantragten Beweiseinzug geltend machen kann. In den Verwirkungsfällen dagegen verfolgt der Revisionskläger mit der Revision sehr wohl ein im Verfahren begründetes Interesse: er betreibt die Aufhebung eines möglicherweise unrichtigen Urteils.

Daher kann die Berücksichtigung des Ansehens der Rechtspflege allein nicht zur Versagung einer Revisionsrüge führen, wenn der Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung nicht dazu führt.

c) Der Schutz der personellen und finanziellen Mittel der Rechtspflege findet im Zivilprozess seine Berücksichtigung im Rahmen des Treu- und Glaubenssatzes. Es handelt sich um den Schutz der Rechtspflege "gegen das willkürliche Verhalten einzelner, das, wenn es in grösserem Umfang auftritt, die Arbeit der Gerichte lahmlegen kann".[30] Im wesentlichen geht

---

28) vgl. hierzu BGH NJW 58,1789, wonach ein in Verschleppungsabsicht gestellter Beweisantrag nur dann abgelehnt werden kann, wenn er tatsächlich zu einer Verzögerung des Verfahrens führen würde.

29) Geier bei Löwe-Rosenberg N 21c zu § 244; KMR N 1o zu § 244; RG 65, 3o4; 66,14

3o) Baumgärtel ZZP 69,1o2

es dabei um die Abwehr von Querulanteneingaben und Scheinprozessen. Dieser Gedanke hat auch im Strafprozess seine Berechtigung; nur kann er dann nicht zur Auswirkung kommen, wenn die Inanspruchnahme der Gerichte aus Gründen erfolgt, die vom Gesetz als berechtigt anerkannt werden. Hat eine Partei einen Verfahrensverstoss in der Hauptverhandlung arglistig nicht gerügt, so geht es ihr bei der Revisionsrüge - ungeachtet ihres früheren arglistigen Verhaltens - doch um die Wahrung der materiellen Gerechtigkeit: sie erstrebt die Aufhebung eines eventuell unrichtigen Urteils. Daher kann hier die Einlegung der Revisionsrüge auch nicht als Missbrauch der Rechtspflege angesehen werden.

d) Das schutzwürdige Interesse des Angeklagten schliesslich an einer Beendigung des Verfahrens ist bis zu einem gewissen Grad schon im Grundsatz der Beschleunigung berücksichtigt; in einem weiteren Umfang jedoch kann es keine Berücksichtigung finden. Wo dem öffentlichen Interesse an einer Verfahrensbeschleunigung Grenzen gesetzt sind, müssen diese Grenzen auch für das private Interesse des Angeklagten an einer Beendigung des Verfahrens gelten.

Der Grundsatz von Treu und Glauben vermag damit nicht zu einem weitergehenden Rügeausschluss zu führen. Es gelten vielmehr auch für die Fälle arglistigen Verhaltens des Revisionsklägers die allgemein entwickelten Grundsätze über die Möglichkeit einer Rügeverwirkung.
Im eingangs[31] angeführten Beispiel, wo die Hauptverhandlung in zeitweiliger Abwesenheit des Staatsanwalts durchgeführt worden war, kann die Rüge also auch dann nicht verwirkt sein, wenn der Angeklagte den Verstoss in der Hauptverhandlung arglistig nicht gerügt, ja sogar in der Hauptverhandlung auf eine Rüge verzichtet hat, um sich einen Revisionsgrund zu erhalten; denn die Rüge eines absoluten Revisionsgrundes ist nicht verwirkbar; ausserdem ist die Anwesenheitspflicht der Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung unabdingbar und steht nicht zur Disposition der Parteien.[32]

---

31) o.S.59

32) so Jescheck in seiner Anmerkung GA 1953,89

Dritter Abschnitt: Tatbestand der Rügeverwirkung

§ 12. Kreis der verwirkbaren Verfahrensrügen

Die Revisionsrüge wegen Verfahrensfehlern kann - dies wurde bisher festgestellt - grundsätzlich insoweit verwirkt werden, als die Verfahrensfehler Prozessvorgänge betreffen, die nicht unter der Amtsmaxime stehen. Im Folgenden ist eingehender zu zeigen, um welche Prozessvorgänge es hierbei im wesentlichen geht.

I.1. Zunächst fällt hierunter die fehlerhafte Behandlung von Parteianträgen (im formellen Sinn), und zwar

a) die Nichtbescheidung von Parteianträgen. Die Nichtbescheidung bedeutet schon für sich allein einen Verfahrensverstoss, und zwar auch dann, wenn der Antrag abzulehnen gewesen wäre; denn die Partei muss sich bei ihrer Prozessführung darauf einstellen können, ob einem Antrag stattgegeben wird oder nicht. Erhält sie auf ihren Antrag keinen Bescheid, so ist sie in ihrer Prozessführung unzulässigerweise beschränkt. Ein Verfahrensverstoss liegt vollends dann vor, wenn es sich um Anträge handelt, denen das Gericht - ohne Ermessensspielraum - hätte entsprechen müssen. Dafür, ob diese Verfahrensverletzungen die Revision begründen können, kommt es auf die Art der Anträge an.[1)]

b) die unzulässige Ablehnung von Anträgen.

Die Rüge wegen Falschbehandlung von Parteianträgen, also die Rüge wegen Nichtbescheidung oder unzulässiger Ablehnung von Anträgen, kann deshalb verwirkt werden, weil die Antragsrechte prozessuale Befugnisse sind, deren Ausübung im Belieben der Parteien steht.

2. Weiter gehören hierzu Verfahrensgestaltungen, die - so wie sie erfolgen - nur zulässig wären, wenn bestimmte

---

1) vgl.u.S.94 (Beweisanträge) und S.1o1 (Anträge auf Beiordnung eines Verteidigers)

Parteiprozesshandlungen vorlägen; so wenn die Vernehmung eines Zeugen durch Verlesung der Niederschrift über seine frühere richterliche Vernehmung ersetzt wird, ohne dass Staatsanwalt, Verteidiger und Angeklagter mit der Verlesung sich einverstanden erklärt haben (§ 251 I Ziff.4) und ohne dass andere Zulässigkeitsgründe vorliegen.
Die Verfahrensrüge kann hier deshalb verwirkt werden, weil es in der Macht der Partei stünde, die Zulässigkeit der fraglichen Prozessgestaltung durch Vornahme einer Prozesshandlung (etwa Einverständniserklärung i.S. des § 251 I Ziff.4) zu bewirken.

3. Ferner zählt dazu die unzulässige Verhinderung einer vom Gesetz zugelassenen Beteiligung der Partei am Verfahren; so etwa wenn der Vorsitzende eine Frage des Angeklagten an einen Zeugen zu Unrecht zurückweist (gemäss §§ 242 II, 24o II 1) oder den Parteien kraft seiner Befugnis zur Sachleitung zu Unrecht das Wort entzieht (§ 238 I).
Eine Verwirkung ist hier deshalb möglich, weil es im Belieben der Partei liegt, wieweit sie sich am Verfahren beteiligen will, ob sie z.B. eine Frage stellen oder sich zu einem bestimmten Punkt äussern will.

4. Schliesslich fällt hierunter auch die Unterlassung einer vom Gesetz vorgeschriebenen unterrichtenden oder überhaupt einer vorbereitenden Massnahme, die den Parteien eine sachdienliche Beteiligung am Verfahren erst ermöglichen soll; so etwa wenn der Angeklagte nicht von dem Termin einer kommissarischen Vernehmung oder eines kommissarischen Augenscheins unterrichtet (§§ 224 I, 225) oder wenn ihm die Anklageschrift nicht zugestellt (§ 2o1 I 1) wird oder wenn ihm nicht Gelegenheit zum letzten Wort (§ 258 III) gegeben wird.
Diese - dem Gericht von Amts wegen obliegenden - Massnahmen dienen nur dazu, eine Beteiligung der Parteien am Verfahren zu ermöglichen; es bleibt aber der Entschliessung der Parteien überlassen, wie sie sich beteiligen wollen (ob sie z.B. den Termin einer kommissarischen Beweisaufnahme

wahrnehmen wollen); diese Vorschriften bezwecken also nur die Vorbereitung einer im übrigen ins Ermessen der Parteien gestellten Beteiligung der Parteien. Es muss daher für deren Verletzung dasselbe gelten wie für die Fälle unter Ziff.3: die Rüge wegen solcher Verfahrensverletzungen kann verwirkt werden. Allerdings kann bei Unterbleiben einer unterrichtenden Massnahme die Verwirkung nur dann eintreten, wenn die Partei nachträglich darüber unterrichtet wird, worüber sie auf Grund der verletzten Vorschrift unterrichtet werden sollte; denn nur dann vermag sie zu beurteilen, wie weit ihre Beteiligung am Verfahren notwendig ist oder war. So kann die Rüge wegen Nichtzustellung der Anklageschrift nur verwirkt werden, wenn der Angeklagte den Inhalt der Anklageschrift erfahren hat.

II. Es gibt Revisionsrügen, die nicht verwirkbar sind, obwohl sie Prozessvorgänge betreffen, die ausserhalb der Amtsmaxime stehen.

1. So sind Revisionsrügen wegen <u>absoluter Revisionsgründe</u> auch dann nicht verwirkbar,[2] wenn es lediglich um die Beschränkung prozessualer Befugnisse der Parteien geht.
Der einzige Fall allerdings, da ein absoluter Revisionsgrund Prozessvorgänge betrifft, die der Gestaltungsfreiheit der Parteien unterliegen, dürfte der des § 338 Ziff.5 sein: nämlich der, dass ein auf Beiordnung eines Verteidigers gemäss § 14o I Ziff.2 oder 5 gerichteter Antrag nicht beschieden oder zu Unrecht abgelehnt wird. Auf diesen Antrag kann zwar nachträglich verzichtet werden; wird aber nicht verzichtet, so ist auf Grund des Antrags die Anwesenheit eines Verteidigers in der Hauptverhandlung notwendig, und das Fehlen eines Verteidigers stellt einen absoluten Revisionsgrund dar.

2. Unverwirkbar ist auch die Rüge wegen Verletzung <u>sonstiger Verfahrensnormen</u>, auf deren Einhaltung das Gesetz besonderen Wert legt; so etwa die Rüge wegen Verletzung des § 136a.[3]
§ 136a richtet sich gegen eine Beeinträchtigung der Fähigkeit des Beschuldigten, sich auf Grund freier Überlegung und Entschliessung am Verfahren zu beteiligen. Die Vorschrift

---

2) vgl.o.S.38 3) vgl.o.S.4o

bezieht sich damit ebenfalls auf Prozessvorgänge, die ausserhalb der Amtsmaxime stehen. Jedoch ergibt sich aus § 136a III, dass das Gesetz keinesfalls einen Rügeausschluss eintreten lassen will, gleichgültig, wie sich der Angeklagte zu dem Verstoss stellt. Dies schliesst eine Rügeverwirkung aus.

Nach herrschender Lehre ist die Verfahrensrüge auch dann unverwirkbar, wenn es darum geht, dass dem Angeklagten nicht gemäss § 258 III ausdrücklich Gelegenheit zum letzten Wort gegeben wurde.[4] Diese grundsätzliche Verneinung einer Verwirkungsmöglichkeit erscheint nicht gerechtfertigt. Kannte der Angeklagte sein Recht auf das letzte Wort, hatte er die Möglichkeit, sich zu Wort zu melden, und war ihm diese Möglichkeit auch bewusst, so gilt dann, wenn er sich nicht zu Wort gemeldet hat, die allgemeine Regel: die Rüge ist verwirkt, da es sich bei der Nichterteilung des Wortes um das Unterbleiben einer Massnahme handelt, die eine - im übrigen im Ermessen des Angeklagten stehende - Beteiligung des Angeklagten am Verfahren lediglich ermöglichen soll. Allerdings dürfte eine Verwirkung der Rüge wegen Nichterteilung des letzten Wortes kaum praktisch werden. Da sich an das letzte Wort unmittelbar die Beratung und Verkündung des Urteils anschliesst, wird es kaum je nachzuweisen sein, dass der Angeklagte Zeit und Gelegenheit gefunden habe, sich bei Nichtgewährung des letzten Wortes auf sein Recht und die Geltendmachung seines Rechtes zu besinnen; sich aber nach der Urteilsberatung und unmittelbar vor der Urteilsverkündung noch für das letzte Wort Gehör zu verschaffen, das hiesse vom Angeklagten zu viel verlangen. Es ist daher auf jeden Fall unzulässig, allein aus der Tatsache, dass der Angeklagte bei einer Übergehung seines Rechts auf das letzte Wort sich nicht zu Wort gemeldet hat, einen Rügeausschluss anzunehmen.[5]

---

4) Eb.Schmidt LK II N 66 zu § 337; KMR N 1od zu § 337; Noack S.36

5) BGH 3,363; Eb.Schmidt LK II N 6 zu § 258

§ 13. Verwirkungsverhalten

I. Die Verwirkung einer Verfahrensrüge kann nur dann eintreten, wenn der Revisionskläger in der Hauptverhandlung Kenntnis von dem Verfahrensverstoss in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht hatte und wenn er Möglichkeiten zur Abhilfe des Verstosses kannte, aber nichts gegen den Verstoss unternahm.[1)]

1. Es genügt nicht, dass die Partei die tatsächlichen Umstände eines Verfahrensverstosses kennt: sie muss auch wissen, dass ein Verstoss vorliegt, d.h. sie muss den Verstoss auch rechtlich als solchen erkannt haben. Dabei muss die Partei sich sicher sein, dass ein Verstoss vorliegt: ein blosser Verdacht reicht nicht aus: denn es kann einer Prozesspartei nicht zugemutet werden, wegen des blossen Verdachts, es könnte ein Verstoss vorliegen, eine Nachprüfung des Verfahrens durch den Vorsitzenden oder das Gericht zu verlangen. Hier läge die Gefahr, das Gericht durch unbegründete Anträge und Anregungen zu verärgern, zu nahe.
2. Wenn der Partei nun eine Möglichkeit zur Abhilfe zur Verfügung stehen muss, so setzt dies nicht voraus, dass die Partei es selbst in der Hand hätte, dem Fehler abzuhelfen: sie muss lediglich eine erfolgversprechende Möglichkeit haben, beim Vorsitzenden oder beim Gericht eine Abhilfe anzuregen. Das Gericht kann einem Verfahrensfehler - je nach der Fallgestaltung - auf verschiedenerlei Weise abhelfen. Wenn eine Massnahme unzulässigerweise unterblieben ist, so kann das Gericht dieselbe in der Regel noch nachholen (etwa die Bescheidung eines Beweisantrags, einen Beweiseinzug); in andern Fällen kann das Gericht einen fehlerhaften Prozessvorgang in fehlerfreier Weise wiederholen (etwa Wiederholung einer Hauptverhandlung in Anwesenheit des ursprünglich nicht geladenen und daher auch nicht erschienenen Verteidigers) oder es kann den Fehler in seinen Folgen beseitigen (z.B. Aussetzung der Hauptverhandlung, wenn dem Angeklagten nicht rechtzeitig die geladenen Beweispersonen nach § 222 namhaft gemacht worden waren).

---

1) vgl.o.S.58

Für die Prozesspartei sind die Möglichkeiten, die Abhilfe eines Verstosses beim Gericht zu erreichen, verschieden.

a) Eine Möglichkeit liegt z.B., wenn der Verstoss auf die Vergesslichkeit des Vorsitzenden oder des Gerichts zurückzuführen ist (wenn etwa Parteianträge übersehen worden sind), darin, das Gericht an den Verstoss zu erinnern.

b) Handelt es sich bei dem Verstoss um eine sachleitende Massnahme des Vorsitzenden, so besteht die Möglichkeit, gegen diese Massnahme die Entscheidung des Gerichts anzurufen: über das Antragsrecht aus den §§ 238 II und 242 hat es die Partei in der Hand, eine nochmalige Überprüfung des Prozessvorgangs zu erreichen.

c) Eine weitere Möglichkeit besteht darin, einen sonstigen vom Gesetz vorgesehenen Antrag zu stellen, etwa Aussetzung der Verhandlung zu beantragen, um die Folgen des Verfahrensfehlers zu beseitigen.

Diese Möglichkeiten der Abhilfe müssen der Partei - soll eine Rügeverwirkung eintreten - bewusst und gegenwärtig sein. Es genügt nicht, dass sie eine Rüge- oder Beanstandungsmöglichkeit hätte erkennen können oder müssen. Nur bei positiver Kenntnis der Abhilfemöglichkeit ist eine Rügeverwirkung zu rechtfertigen.

II. Das Vorliegen der subjektiven Verwirkungsvoraussetzungen muss positiv nachgewiesen werden, soll die Rüge ausgeschlossen sein. Der Revisionskläger trägt keinerlei Beweislast für das Nichtvorliegen dieser Voraussetzungen.[2] Denn die für einen Rügeausschluss durch Verwirkung sprechenden Gründe sind nur für die Fälle stichhaltig, in denen die subjektiven Verwirkungsvoraussetzungen wirklich vorliegen.[3] Betrachtet man die subjektiven Voraussetzungen der Verwirkung (Kenntnis der Partei vom Verfahrensverstoss in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht, Kenntnis einer Abhilfemöglichkeit), so springt in die Augen, dass ein Nachweis dieser Voraussetzungen im einzelnen Fall auf erhebliche Schwierigkeiten stossen

---

2) im Gegensatz zum Zivilprozess in den Fällen des § 295 ZPO (vgl. Wieczorek N C II d 3 zu § 295)

3) vgl. o. S. 58

wird. Ein Nachweis derartiger subjektiver Momente ist jedoch nicht ausgeschlossen: dies zeigt die Rechtsprechung zur Ablehnung prozessverschleppender Beweisanträge, wo die Aufgabe, Wege zum Nachweis des subjektiven Elements der Verschleppungsabsicht zu finden, durchaus bewältigt wurde.[4] Der Nachweis erfolgt im Wege des Freibeweises:[5] das Revisionsgericht kann hierzu Äusserungen der Beteiligten (des Vorsitzenden, des Revisionsklägers, des Verteidigers usw.) einholen. Gewisse Anhaltspunkte ergeben sich auch daraus, ob die Partei von einem Anwalt verteidigt war: denn bei einem rechtskundigen Verteidiger können prozessrechtliche Kenntnisse und bis zu einem gewissen Grad auch eine stärkere Aufmerksamkeit vorausgesetzt werden.[6] Anhaltspunkte ergeben sich ausserdem daraus, ob die Partei selbst rechtskundig ist oder ob sie vom Gericht über bestimmte Rechte aufgeklärt worden war, oder ob es sich um einen Verstoss und um Abhilfemöglichkeiten handelt, die auch einem Laien bewusst werden konnten. Ein Nachweis der subjektiver Verwirkungsvoraussetzungen ist jedoch für die Annahme einer Rügeverwirkung unumgänglich: die Gründe, in denen das Revisionsgericht diesen Nachweis sieht, sind im Urteil anzuführen.

§ 14. Zeitpunkt des Eintritts der Rügeverwirkung

In gewissen Sonderfällen kann die Frage bedeutsam werden, wann eine Rügeverwirkung eintritt, d.h. bis zu welchem Zeitpunkt oder Verfahrensabschnitt die Partei einen Verfahrensfehler beanstandet haben muss, will sie sich eine Revisionsrüge erhalten.

Eine Rüge ist - unter den sonstigen Verwirkungsvoraussetzungen - spätestens dann verwirkt, wenn die Partei bis zur Verkündung des Urteils geschwiegen hat; denn in dem Verfahrensabschnitt zwischen Urteilsverkündung und Revisionsverhandlung besteht

---

4) vgl. RG 12,337; 13,153; 65,306; BGH 1,33

5) vgl. Kern S.212

6) Deshalb wird in Literatur und Rechtsprechung vielfach darauf abgestellt, ob der Angeklagte durch einen Rechtsanwalt verteidigt war: vgl. Peters S.198; Eb. Schmidt LK II N 67 zu § 337; RG 61, 377; 72,232; 75,167; BGH 1,286

grundsätzlich keine Möglichkeit, einem Verfahrensfehler der Tatsacheninstanz abzuhelfen.[1)]
Die Frage, ob ein Rügeverlust durch Verwirkung auch schon vor der Urteilsverkündung eintreten kann, wird dann akut, wenn die Partei in Kenntnis des Verfahrensfehlers und im Bewusstsein einer Abhilfemöglichkeit zunächst schweigt und erst später - etwa unmittelbar vor der Urteilsverkündung - den Fehler beanstandet, das Gericht aber nun dem Fehler nicht mehr abhilft. Man wird hier zu dem Ergebnis kommen müssen, dass in derartigen Fällen das Rügerecht nicht verwirkt ist. Zumeist würde eine Behebung des Verfahrensmangels in diesem Verfahrensabschnitt keine oder nur eine geringfügige Verzögerung des Verfahrens bedeuten: aber auch bei erheblicher Verzögerung fällt diese Verzögerung nicht so ins Gewicht, dass sie einen Rügeverlust rechtfertigen könnte.
Somit kann der Rügeausschluss durch Verwirkung erst mit Abschluss[2)] der Verkündung des Urteils eintreten.

§ 15. Stellung der verschiedenen Prozessparteien hinsichtlich einer Rügeverwirkung

I. Die Voraussetzungen für den Eintritt der Verwirkung einer Revisionsrüge liegen für alle Parteien gleich.

1. Henkel[1)] will für die Staatsanwaltschaft eine Verwirkung des Rügerechts demgegenüber immer dann annehmen, wenn dem Vertreter der Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung ein Verfahrensverstoss bekannt war, er aber nichts gegen den Verstoss unternommen hatte. Die Rüge sei deshalb

---

1) Liegt zwischen dem auf dem Verfahrensfehler beruhenden Urteil und der Revisionsverhandlung ein Berufungsurteil, so kommt der Fehler der ersten Instanz nicht mehr in Betracht (vgl.RG 59,3oo, Beling S.212; für den Zivilprozess vgl.BGH MDR 58,676). Die Revisionsrüge wegen eines fehlerhaften Eröffnungsbeschlusses wird präkludiert, wenn sie nicht innerhalb der Revisionsbegründungsfrist nach § 344 Abs. 2 S.2 gerügt wird (vgl.u.S.1o8).

2) Erst mit Abschluss der Verkündung wird das Urteil wirksam: bis dahin kann es noch vom iudex a quo abgeändert werden (vgl.Kern S.185f.).

1) Henkel S.435; im Anschluss an Henkel ebenso KMR N 1oc zu § 337

auszuschliessen, weil der Staatsanwalt durch das Unterlassen eines entsprechenden Hinweises seine Mitwirkungspflicht verletzt habe. Die Staatsanwaltschaft soll also die Rüge bei jeder Art von Verfahrensfehlern verwirken können. Das Bedenkliche an dieser Folgerung zeigt sich dann, wenn es sich bei Einlegung der Revision um ein zu Gunsten des Angeklagten eingelegtes Rechtsmittel handelt: hier hätte der Angeklagte ein pflichtwidriges Verhalten des Staatsanwalts zu büssen. Das Ergebnis ist aber auch dann nicht annehmbar, wenn es um zu Ungunsten des Angeklagten eingelegte Revisionsklagen der Staatsanwaltschaft geht. Den Staatsanwalt trifft zwar in der Hauptverhandlung die Pflicht, am Verfahren mitzuwirken, und er ist für die Einhaltung eines prozessordnungsgemässen Verfahrens mitverantwortlich: er kann jedoch über die Verfahrensgestaltung nicht uneingeschränkt verfügen. Die Auffassung Henkels würde eine zu weitgehende Heranziehung des Satzes von Treu und Glauben bedeuten und nicht berücksichtigen, dass die Staatsanwaltschaft im Strafverfahren keine eigenen Interessen zu vertreten, sondern die auf Einhaltung der Rechtsordnung gehenden Interessen des Staates zu wahren hat.[2] Sie kann auch deshalb nicht richtig sein, weil sogar dann, wenn das Gericht selbst sich bewusst einer Verfahrensverletzung schuldig macht, der durch Gericht und Staatsanwaltschaft repräsentierte Staat sein - von der Staatsanwaltschaft auszuübendes - Rügerecht nicht verliert. Der Kreis der verwirkbaren Verfahrensrügen ist daher für die Staatsanwaltschaft wie für den Angeklagten derselbe.

2. Auch für den Privatkläger und Nebenkläger besteht keine weitergehende Verwirkungsmöglichkeit. Das Besondere im Privat- und Nebenklageverfahren besteht darin, dass hier die Rolle des Anklägers von privater Seite übernommen oder mitübernommen wird. Wenn das Verfahren aber einmal eingeleitet ist, hat der Privat- und Nebenkläger - abgesehen von der Möglichkeit, die Klage zurückzuziehen, bzw. die Anschlusserklärung zu widerrufen (§§ 391, 402) - keine weitere

---

2) vgl.o.S.63

Verfügungsmöglichkeit über Prozessgegenstand und Verfahren als die Staatsanwaltschaft (§§ 385, 39o, 397). Im Gegenteil, es findet die Amtsmaxime noch weitergehende Anwendung als im öffentlichen Verfahren (§ 384 II).

3. Wie weit der Angeklagte im Adhäsionsverfahren Revisionsrügen[3] verwirken kann, ist hier nicht zu behandeln, da bei der Adhäsionsklage wegen des zivilrechtlichen Anspruchs von einer völlig andern Lage auszugehen ist als bei der Strafklage.

II. Fraglich kann es sein, ob der Angeklagte die Revisionsrüge wegen eines ihn belastenden Verfahrensfehlers geltend machen kann, wenn die Staatsanwaltschaft die Rüge verwirkt hat (etwa wenn die Staatsanwaltschaft die Rüge wegen der Falschbehandlung eines von ihr zur Entlastung des Angeklagten gestellten Beweisantrags verwirkt hat) und umgekehrt.[4]
Da eine Rügeverwirkung nur bei Verletzung solcher Verfahrensnormen angenommen wird, die den Prozessparteien eine Einwirkungsmöglichkeit auf das Verfahren einräumen, dürfte es auch nur auf das Verwirkungsverhalten derjenigen Prozesspartei ankommen, der durch den Verstoss eine Einwirkungsmöglichkeit beschnitten wurde.

III. Berührt ein Verfahrensverstoss die Prozessbefugnisse verschiedener Parteien, erfüllt aber nur eine Partei die subjektiven Voraussetzungen der Verwirkung, so dürfte ein Rügeverlust nicht eintreten. Wurde etwa ein Vernehmungsprotokoll entgegen § 325 ohne Zustimmung des Staatsanwalts und des Angeklagten verlesen, war sich aber nur der Staatsanwalt des Verstosses sowie einer Abhilfemöglichkeit bewusst, so verliert weder der Angeklagte noch die Staatsanwaltschaft[5] das Revisionsrügerecht. Dies folgt daraus, dass eine Prozesspartei über Prozessbefugnisse einer andern Partei nicht verfügen kann, auch nicht mittelbar.

---

3) Dem Adhäsionskläger steht seinerseits ein Rechtsmittel ja gar nicht zu; § 4o6a I.

4) Es kommen hier wohl nur Überschneidungen zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung in Frage, da Privat- und Nebenkläger weder die Pflicht noch das Recht haben, ihre prozessualen Befugnisse zugunsten des Angeklagten auszuüben.

5) Es gilt dies aber nur bei einer Revision zugunsten des Angeklagten (§ 339).

§ 16. Rügeverwirkung durch den Verteidiger

Der Verteidiger ist nicht selbst Partei, sondern Beistand,[1] Beistand des Beschuldigten. Es ist nun möglich und kommt nicht selten vor, dass der Verteidiger in seiner Person die subjektiven Voraussetzungen der Verwirkung erfüllt, dass er einen Verfahrensverstoss und Möglichkeiten zu dessen Abhilfe erkennt, nicht aber der Beschuldigte. In diesen Fällen erhebt sich die Frage, ob für den Beschuldigten eine Verwirkung der Verfahrensrüge eintritt, obwohl nicht bei ihm selbst, sondern nur in der Person des Verteidigers die subjektiven Voraussetzungen vorliegen. Diese Frage ist von erheblicher praktischer Bedeutung.

Das Problem dürfte für den stillschweigenden Verzicht wie für die Verwirkung dasselbe sein. Hierzu wurden in der Rechtsprechung verschiedentlich Fälle behandelt, in denen ein bestimmtes prozessuales Verhalten des Verteidigers als stillschweigender Verzicht auf prozessuale Rechte ausgelegt und dieser stillschweigende Verzicht als dem Angeklagten gegenüber wirksam angesehen wurde.[2] Indessen sprechen sich die Entscheidungen nicht näher darüber aus, warum ein als stillschweigender Verzicht zu deutendes Verhalten des Verteidigers dem Beschuldigten gegenüber, der diese stillschweigende Verzichtserklärung u.U. gar nicht erkannt hat, wirksam sein soll.

Soweit das Problem in der Literatur gesehen wird, wird der Standpunkt vertreten, dass der Beschuldigte selbst die subjektiven Voraussetzungen der Verwirkung in eigener Person erfüllen muss und dass ihm das Verhalten des Verteidigers nicht zum Nachteil gereichen kann.[3] Jescheck[4] insbesondere fordert, dass die von der Rechtsprechung für die Wiedereinsetzung entwickelten Grundsätze über das Verhältnis des

---

1) § 137; vgl. Kern S.64

2) vgl.RG JW 31,1602; 32,1660; BGH JZ 51,725

3) Jescheck JZ 52,402; Traub NJW 57,1096; Noack S.22ff.

4) Jescheck aaO

Verteidigers zum Beschuldigten[5] auch für die Verwirkung angewandt werden müssten.
Diese Ansicht wird damit begründet,[6] dass der Verteidiger in der Regel ja nicht Vertreter[7] des Beschuldigten ist und auf Schutzrechte des Beschuldigten grundsätzlich auch nur mit dessen Zustimmung verzichten könne. Man könne dem Verteidiger zwar einen Vorwurf daraus machen, wenn er eine ihm in ihrer rechtlichen Tragweite bekannte Rüge- oder Beanstandungsmöglichkeit ungenutzt versäumt habe; doch würde bei Annahme einer Verwirkung der Nachteil solcher Säumnis nicht ihn, sondern den Angeklagten treffen. Es sei mit Sinn und Zweck der Verteidigung nicht zu vereinbaren, wenn dem Angeklagten aus der Anwesenheit eines Verteidigers Nachteile entstünden.

Diese Ansicht verkennt die Stellung des Verteidigers gegenüber dem Beschuldigten. Der Verteidiger ist ein "selbständiges Organ der Rechtspflege"; er steht neben dem Beschuldigten und ist von ihm nicht abhängig.[8] Es ist nicht so, dass die Handlungen des Verteidigers nur unter der Voraussetzung wirksam wären, dass der Beschuldigte ihnen - ausdrücklich oder stillschweigend - zustimmt. Vielmehr ist der Verteidiger "grundsätzlich von den Wünschen, einer Spezialermächtigung, der Zustimmung oder dem Widerspruch seines Klienten sowohl hinsichtlich der Zulässigkeit, wie hinsichtlich der Wirksamkeit seines Vorgehens unabhängig".[9] Wenn der Verteidiger Anträge stellt, wenn er sich zur Sache äussert oder sich sonstwie zum Schutze des Beschuldigten betätigt, so tut er dies in eigenem Namen und unter eigener Verantwortung. Über seine eigenen Anträge kann der Verteidiger selbst verfügen. Es steht in seinem Ermessen, ob er etwa einen Beweisantrag stellen will; er kann seinen eigenen Beweisantrag auch

---

5) Hiernach wird ein Verschulden des Verteidigers als ein für den Angeklagten unabwendbarer Zufall angesehen; RG 7o,136; 75,172

6) Traub NJW 57,1o96; Noack S.24

7) vgl.Kern S.74; Eb.Schmidt LK II N 14 vor § 137

8) Kern aaO; Eb.Schmidt aaO; Beling S.151; Peters S.168

9) Beling S.151; vgl. auch Kern S.74

wieder zurückziehen, ohne hierzu der Zustimmung des Beschuldigten zu bedürfen. Ein Widerspruch des Beschuldigten gegen die Zurücknahme eines Antrags des Verteidigers ist nur insofern erheblich, als er einen eigenen Antrag auf Beweiseinzug bedeuten könnte. Rechte entstehen dem Beschuldigten aus Anträgen des Verteidigers nur insoweit, dass er einen Anspruch auf deren ordnungsgemässe Erledigung hat; verfügen kann er über diese Anträge nicht.

Zwar wird weithin vertreten, dass der Verteidiger Verteidigungsmöglichkeiten nur mit Einwilligung des Beschuldigten preisgeben könne;[1o] diese Auffassung geht in dieser Allgemeinheit zu weit. Soweit es sich um Verteidigungsmöglichkeiten handelt, die durch das Auftreten und Tätigwerden des Verteidigers bedingt sind (etwa durch Anträge des Verteidigers, Fragen des Verteidigers an Zeugen, Äusserungen des Verteidigers), muss er diese Möglichkeiten auch - ohne Rücksicht auf den Willen des Beschuldigten - preisgeben können.[11] Dies folgt aus seiner selbständigen Stellung gegenüber dem Beschuldigten. Daher macht Beling[12] auch die Einschränkung, dass prozessuale Erklärungen des Verteidigers durch entgegenstehende Erklärungen des Beschuldigten nur insoweit entkräftet werden, als der Verteidiger damit "Schutzmöglichkeiten preisgibt, hinsichtlich deren die Abwägung von Vorteil und Nachteil als seine (des Beschuldigten) eigenste Angelegenheit erscheint".

Dementsprechend kann der Verteidiger auch mit Wirkung gegen den Beschuldigten Verfahrensrügen verwirken, wenn sie eine Missachtung seiner eigenen prozessualen Stellung betreffen, ohne dass beim Beschuldigten selbst die subjektiven Voraussetzungen der Verwirkung vorliegen müssten.

Dieses Ergebnis hat - abgesehen von systematischen Erwägungen - seine innere Berechtigung darin, dass der Beschuldigte

---

1o) Beling S.152; Henkel S.216; Eb.Schmidt LK II N 15 vor § 137; Traub NJW 57,1o96

11) vgl. etwa Alsberg-Nüse hinsichtlich der Zurücknahme eines Beweisantrags (S.189).

12) Beling S.151 Ziff.IV

selbst es in aller Regel dem Urteil seines Verteidigers überlassen wird, welche Verteidigungsmassnahmen ergriffen werden sollen, er den Verteidiger also nicht als sein Sprachrohr, das seine eigenen Anregungen weitergibt, ansieht, sondern die selbständige Funktion des Verteidigers durchaus erkennt.

Handelt es sich bei einem Verfahrensfehler dagegen um eine Missachtung eigener, nicht durch die Stellung und das Tätigwerden des Verteidigers bedingter Befugnisse des Beschuldigten, so kann eine Verwirkung nur dann eintreten, wenn die Verwirkungsvoraussetzungen in der Person des Beschuldigten selbst vorliegen. Wurde in der Hauptverhandlung etwa ein Vernehmungsprotokoll verlesen, obwohl die erforderliche Zustimmung des Beschuldigten (§ 251 I Ziff.4) nicht vorlag, so kann die Rüge dieses Verstosses nur durch den Beschuldigten selbst verwirkt werden; denn ob der Beschuldigte der Protokollverlesung zustimmen soll oder nicht, ist Sache des Beschuldigten selbst und nicht des Verteidigers.[13)]

§ 17. Rügepräklusion

Von der Rügeverwirkung, wie sie hier verstanden wird, ist eine andere Form des Rügeausschlusses zu unterscheiden. Die StPO kennt nämlich Bestimmungen, wonach eine Verfahrensrüge dann ausgeschlossen ist, wenn der Verfahrensfehler nicht bis zu einem bestimmten Verfahrensabschnitt gerügt worden ist, ohne dass es für den Rügeausschluss auf die Kenntnis der Partei vom Verstoss oder auf die Kenntnis einer Rügemöglichkeit ankäme. Man kann dabei von einer "Rügepräklusion" sprechen.[1)]

Einen Fall der Rügepräklusion regelt § 16, wonach der Angeschuldigte den Einwand der örtlichen Unzuständigkeit bis zum Schluss der Voruntersuchung oder, wenn keine Voruntersuchung stattgefunden hat, bis zur Verlesung des Eröffnungsbeschlusses

---

13) vgl.u.S.114

1) Kern JZ 58,95 verwendet diesen Ausdruck. KMR N 1oa zu § 337 spricht auch hier von "Rügeverwirkung". Die Fallgruppen der Rügepräklusion und der Rügeverwirkung sind jedoch zu verschieden, als dass es sinnvoll wäre, sie unter einen gemeinsamen Nenner zu bringen.

geltend machen muss.
Steht den Parteien gegen einen gerichtlichen Beschluss die sofortige Beschwerde zu, so ist bei Nichtausnutzung dieses Rechtsbehelfs die Revisionsrüge ebenfalls präkludiert.[2)]

Die Rechtsprechung nimmt überhaupt dann zum Teil Möglichkeiten der Rügepräklusion an, wenn das Gesetz den Parteien für bestimmte Verfahrensverstösse eine besondere Rügemöglichkeit einräumt. So soll z.B. die Rüge einer fehlerhaften sachleitenden Anordnung des Vorsitzenden dann ausgeschlossen sein, wenn gegen diese Anordnung nicht zuvor die Entscheidung des Gerichts nach § 238 II angerufen worden ist.[3)]
Hierzu zählen insbesondere auch die Verfahrensnormen, bei deren Verletzung das Gesetz dem Betroffenen das Recht einräumt, Aussetzung der Hauptverhandlung zu verlangen oder doch zu beantragen, die Geltendmachung dieses Rechtes aber bis zu einem bestimmten Verfahrensabschnitt befristet.

1. Wurden etwa Zeugen oder Sachverständige, die in der Anklageschrift nicht genannt und auch nicht auf Antrag des Beschuldigten geladen sind, dem Beschuldigten nicht gemäss § 222 I rechtzeitig namhaft gemacht, so kann er nach § 246 II bis zum Schluss der Beweisaufnahme die Aussetzung der Hauptverhandlung zum Zwecke näherer Information über diese Beweispersonen beantragen.
Eine Verletzung des § 222 I ist nach wohl herrschender Lehre[4)] nicht revisibel, wenn der Beschuldigte nicht bis zum Schluss der Beweisaufnahme die Möglichkeit ausgenutzt hat, Aussetzung der Hauptverhandlung zu beantragen. Aus dem Recht, gemäss § 246 II bei verspäteter Namhaftmachung Aussetzung zu beantragen, wird ein gesetzlicher Ausschluss der Revisionsrüge für den Fall gefolgert, dass ein Aussetzungsantrag nach § 246 II nicht gestellt wurde, ohne dass es darauf ankäme, ob der Beschuldigte sich des in der verspäteten Namhaftmachung liegenden Verfahrensverstosses und seines Antragsrechtes

---

2) KMR N 3 zu § 336; RG 44,382

3) vgl.hierzu u.S.116

4) Schwarz N 1b zu § 222; KMR N 2a zu § 222; Niese JZ 53, 221 Ziff.V 1; BGH 1,285

bewusst ist oder nicht[5] (Präklusion). Dieser Ansicht dürfte zuzustimmen sein. Wenn das Gesetz das Aussetzungsrecht wegen verspäteter oder - dies muss dem gleichgestellt sein - überhaupt unterbliebener[6] Namhaftmachung zu beantragen, bis zum Schluss der Beweisaufnahme befristet, so kann dies bei Versäumung der Frist nur den Ausschluss der Rüge bedeuten.[7] Es wäre gegen jede Prozessökonomie und wenig folgerichtig, wenn das Gesetz eine Revisionsrüge wegen Verletzung des § 222 I unbeschränkt zulassen würde, während es einen Antrag auf Aussetzung der Verhandlung nur bis Schluss der Beweisaufnahme zugesteht, wo doch eine Aussetzung einen sehr viel geringeren Zeitverlust bedeuten würde als eine Aufhebung des Urteils in der Revision.

2. Ein weiterer Fall der Rügepräklusion liegt in § 217 II. Nach § 217 I muss zwischen der Zustellung der Ladung des Beschuldigten[8] zur Hauptverhandlung und dem Tag der Hauptverhandlung eine Frist von mindestens einer Woche - die Ladungsfrist - liegen. Der Beschuldigte kann auf die Einhaltung der Frist verzichten (§ 217 III). Ist die Frist nicht eingehalten oder ist eine Ladung überhaupt nicht erfolgt, so kann er Aussetzung der Verhandlung verlangen, solange mit der Verlesung des Eröffnungsbeschlusses nicht begonnen ist (§ 217 II). § 217 II enthält damit eine Ausschlussfrist, nach deren Versäumung der Beschuldigte die Nichteinhaltung

---

5) aA. Eb. Schmidt LK II N 4 zu § 222; Geier bei Löwe-Rosenberg N 11 zu § 222; Mannheim, Anm. zu OLG Hamburg JW 28,2292; Noack S. 95

6) Dem Beschuldigten wird die Beweisperson spätestens mit deren Vernehmung zur Person "namhaft gemacht".

7) Ausnahmsweise revisibel muss die Verletzung des § 222 I dann sein, wenn der Beschuldigte an der Hauptverhandlung gar nicht teilgenommen hat. Denn der Rügeverlust des § 246 II hat doch wohl zur Voraussetzung, dass der Beschuldigte von der Vernehmung der betreffenden Beweisperson überhaupt Kenntnis erlangt. So Schwarz N 1 zu § 222, Löwe-Rosenberg N 11 zu § 222, Eb. Schmidt LK II N 6 zu § 222, RG vom 14.6.1926 3 B 342/26 (mitgeteilt bei Schwarz aaO) für den Fall, dass der Beschuldigte vom Erscheinen in der Hauptverhandlung entbunden war; OLG Hamburg JW 28,2292 für den Fall, dass der Beschuldigte trotz ordnungsgemässer Ladung nicht zur Hauptverhandlung erschienen war.

8) für die Ladung des Verteidigers gilt dies nach § 218 I entsprechend.

der Ladungsfrist nicht mehr beanstanden, auch durch die Revision nicht mehr rügen kann.[9] Dies gilt, ob nun der Vorsitzende gemäss § 228 III den Beschuldigten auf sein Aussetzungsrecht aufmerksam gemacht hat oder nicht; denn § 228 III, der eine Belehrung durch den Vorsitzenden vorschreibt, ist lediglich eine nicht revisible Sollvorschrift,[1o] und § 217 II präkludiert bei Unterlassen eines rechtzeitigen Aussetzungsantrags das Rügerecht, ohne auf die Kenntnis des Beschuldigten von seinem Aussetzungsrecht abzustellen.

§ 18. Rügeverzicht

Vor Annahme einer Rügeverwirkung ist stets zu prüfen, ob nicht schon ein wirksamer Rügeverzicht vorliegt; denn wenn ein wirksamer Rügeverzicht ausgesprochen worden ist, ist die Revisionsrüge ausgeschlossen, ohne dass es noch auf eine Verwirkung ankäme.

Eingangs[1] wurde schon die Abgrenzung der Verzichtserklärung vom Verwirkungsverhalten unternommen. Zu untersuchen bleibt nun, ob und wieweit solche Verfahrensrügen, die einer Rügeverwirkung zugänglich sind, auch verzichtbar sind.

Bei Prüfung dieser Frage seien zweckmässigerweise die schon für die Rügeverwirkung gebildeten Fallgruppen zugrundegelegt.

1. In den Fällen der Falschbehandlung von Parteianträgen steht einem Rügeverzicht nichts im Wege. Ein Rügeverzicht ist hierbei nichts anderes als eine Antragszurücknahme. Darüber, dass Parteianträge, soweit das Gesetz nichts anderes vorschreibt, grundsätzlich zurücknehmbar sind, besteht Einigkeit.[2]
2. Hat das Gericht eine bestimmte Verfahrensgestaltung

---

9) RG Rspr. 1,299; 5,629; RG LZ 1918,285; 1922,416

1o) Geier bei Löwe-Rosenberg N 6 zu § 217; Schwarz N 2 zu § 217 N 1 C zu § 228; Eb. Schmidt LK II N 6 zu § 217; KMR N 5b zu § 228; BGH, mitgeteilt bei Dallinger MDR 52,532; aA Noack S.93

1) o.S.14

2) Zurücknahme eines Antrags auf Bestellung eines Verteidigers: Eb. Schmidt LK II N 6 zu § 14o mit Nachweisen. Zurücknahme eines Beweisantrags: Alsberg-Nüse S.188 mit Nachweisen.

vorgenommen, wie sie nur zulässig wäre, lägen bestimmte Parteiprozesshandlungen vor (wurde etwa in der Hauptverhandlung eine Vernehmungsniederschrift verlesen, ohne dass das nach § 251 I Ziff.4 erforderliche Einverständnis der Parteien vorlag), dann muss ein Rügeverzicht ebenfalls möglich sein. Es liegt grundsätzlich in der freien Entschliessung der Parteien, durch ihr Einverständnis die Protokollverlesung - um bei diesem Beispiel zu bleiben - zu ermöglichen; es wäre nun nicht einzusehen, warum die Parteien eine solche Protokollverlesung nicht auch nachträglich sollten genehmigen können.

3. Verhindert das Gericht in einem bestimmten Punkt eine Beteiligung der Partei am Verfahren, entzieht es der Partei z.B. zu Unrecht das Wort oder weist es zu Unrecht, eine Frage an einen Zeugen zurück, so ist auch hier ein Rügeverzicht denkbar. Steht es doch im Belieben der Partei, ob sie sich in dieser Form am Verfahren beteiligen will, ob sie sich zu einem bestimmten Punkt äussern, ob sie eine Frage an einen Zeugen richten will.

4. Ebenso ist es, wenn das Gericht bestimmte vom Gesetz vorgeschriebene Massnahmen unterlässt, die den Parteien eine sachdienliche Beteiligung am Verfahren erst ermöglichen sollen. Wenn der Beschuldigte etwa nicht gemäss § 224 über den Termin einer kommissarischen Vernehmung benachrichtigt worden ist, so kann er auf die Rüge dieses Verstosses verzichten,[3] da es ja auch in seiner freien Entschliessung gestanden hätte, ob er an dem Vernehmungstermin teilnehmen solle oder nicht.

Damit ist in den Fällen, in denen eine Rügeverwirkung möglich ist, auch ein Rügeverzicht zulässig. Das Ergebnis entspricht wohl dem von Beling[4] gemeinten, wonach ein Rügeverzicht dann zulässig sein soll, wenn er Prozessvorschriften betrifft, die "lediglich dem Interesse einer Partei" dienen sollen. Nur wird es kaum angängig sein, auf das Interesse der Beteiligten

---

3) Eb.Schmidt LK II N 14 zu § 193. Ebenso kann der Beschuldigte etwa auch auf die Rüge wegen Nichtzustellung der Anklageschrift verzichten (RG Rspr.3,484).

4) Beling S.212; ähnlich die Formulierung bei RG GA 46,338

abzustellen; denn an der Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit, der auch die nicht unter der Amtsmaxime stehenden Normen dienen sollen, hat der Staat ebenso wie die Privatbeteiligten ein Interesse. Für die Frage des Verzichts wesentlich ist vielmehr, wieweit das Gesetz den Parteien eine prozessuale Verfügungsgewalt[5] zuspricht.
Ein Rügeverzicht kann allerdings immer nur nachträglich erfolgen; ein vorgängiger Verzicht auf die Befolgung des Gesetzes wäre sicher unzulässig.[6]

5) vgl.RG Rspr.3,484: "Gerade aber weil diese Vorschriften nur die Vorbereitung und Wahrung der Verteidigung des Angeklagten bezwecken, in Betreff deren Alles ihrer eigenen Willensbestimmung unterliegt, können diese selbst grundsätzlich im Einzelfalle auf die Beobachtung dieser Vorschriften Verzicht leisten". Ähnlich RG 42,96.

6) Für den Zivilprozess vgl.o.S.12 Anm.1; für den Strafprozess muss die Unzulässigkeit vorgängigen Rügeverzichts umso mehr gelten.

Zweiter Teil: Rügeverwirkung bei einzelnen Gruppen von Verfahrensfehlern

Im Folgenden soll dargestellt werden, wie sich die im Ersten Teil entwickelten Grundsätze bei einzelnen Verfahrensfehlern auswirken. In dieser Einzelbehandlung ist eine Vollständigkeit bei der Vielzahl der Fallgestaltungen weder möglich noch soll sie angestrebt werden. Es seien daher lediglich die Fallgruppen herausgegriffen, die von besonderer praktischer Bedeutung sind und die aus diesem Grunde auch in der Praxis der Rechtsprechung und in der Literatur eine eingehendere Behandlung erfahren haben.
Ein wesentlicher Teil der Untersuchung wird darin bestehen, zu prüfen, wieweit die Verletzung einzelner Verfahrensnormen überhaupt revisibel ist, bevor dann nach der Möglichkeit einer Rügeverwirkung gefragt werden kann. Es wird sich dabei herausstellen, dass nicht selten Verfahrensverletzungen, hinsichtlich deren in Literatur und Rechtsprechung eine Möglichkeit der Rügeverwirkung angenommen wird, einer Revisionsrüge gar nicht zugänglich sind, hier also eine Rügeverwirkung gar nicht in Frage kommen kann.
Noack[1] hat in seiner Darstellung die verschiedenen Fallgruppen der Rügeverwirkung[2] sorgfältig herausgearbeitet. Wenn er dabei auch vielfach zu anderen Ergebnissen gelangt, so kann doch in den Einzelheiten - soweit dies das Verständnis nicht beeinträchtigt - hierauf verwiesen werden.

---

1) Noack S.39 ff.

2) Im Folgenden wird bewusst davon Abstand genommen, die einzelnen Fallgruppen nach den Verfahrensabschnitten zusammenzufassen, aus welchen die verschiedenen zu behandelnden Verfahrensfehler stammen. Eine Gliederung in Mängel des Vorverfahrens, des Zwischenverfahrens, des Stadiums der Vorbereitung der Hauptverhandlung und der Hauptverhandlung selbst, wie sie Noack unter verschiedenen Modifizierungen vornimmt, hat zwar den Vorteil der systematischen Klarheit für sich; sie bewirkt aber gleichzeitig auch eine Zerreissung von sachlich zusammengehörigen Fallgruppen.

Erster Abschnitt: Revisibilität bei Mängeln im Verfahren ausserhalb der Hauptverhandlung

§ 19. Revisibilität bei Mängeln im Verfahren ausserhalb der Hauptverhandlung

I. "Das Urteil beruht nur auf der Hauptverhandlung", das ist eine Wendung, die in zahlreichen Entscheidungen wiederkehrt, angefangen von den frühesten Entscheidungen des Reichsgerichts bis zu Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, und die auch zum Teil in der Literatur zum Ausdruck kommt. Mit dieser Formulierung wird das Beruhen des Urteils auf ausserhalb der Hauptverhandlung liegenden Prozessverstössen, und damit überhaupt die Revisibilität dieser Prozessverstösse verneint.

1. Das gilt zunächst für das der Anklageerhebung vorausgehende Vorverfahren. Hierzu heisst es etwa in einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs:[1] "Das Urteil beruht auf der Hauptverhandlung und nicht auf dem Vorverfahren. Für das Hauptverfahren ist der Eröffnungsbeschluss alleinige Grundlage des weiteren Verfahrens. .. Mängel des Vorverfahrens können deshalb mit der Revisionsrüge nicht gerügt werden".[2] Entsprechend wird das Beruhen des Urteils auf Fehlern des zwischen Anklageerhebung und Eröffnungsbeschluss liegenden Zwischenverfahrens verneint. "Der Eröffnungsbeschluss bildet die alleinige Grundlage des weiteren Verfahrens. Mängel der ihm vorausgegangenen Untersuchung kommen für dieses rechtlich nicht mehr in Betracht".[3]
Geht es hingegen um Mängel des Eröffnungsbeschlusses[4] oder des ihm nachfolgenden Verfahrens,[5] dann beruht das Urteil

---

1) BGH 6,328

2) ähnlich RG 2,38; KMR N 1b zu § 336; Eb.Schmidt LK II N 5 zu § 336; Gage-Sarstedt S.96; Noack S.69; v.Kries S.674 f.

3) RG 55,226; ähnlich RG 44,381; Eb.Schmidt LK II N 5 zu § 336

4) RG 6, 443

5) BGH 1, 285

"nur auf der Hauptverhandlung", ebenso dann, wenn es sich um Fehler bei einer kommissarischen Beweisaufnahme[6] handelt.

Folgt man dieser Auffassung, dann erübrigt sich eine Untersuchung über Verwirkungsmöglichkeiten, soweit es sich um Fehler des Verfahrens ausserhalb der Hauptverhandlung handelt. Denn diese Fehler kommen dann von vornherein für die Revision "rechtlich nicht mehr in Betracht".[7]

2. Eine Aussage in dieser Allgemeinheit erscheint jedoch bedenklich. Die Frage, ob ein Urteil auf einem Verfahrensverstoss beruht, ist eine Frage des objektiven Kausalzusammenhangs.[8] Sie lässt sich "nicht nach allgemeinen tatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkten entscheiden, kann vielmehr immer nur nach der besonderen Gestaltung des Einzelfalles beurteilt werden".[9] Die Möglichkeit, dass ein Verfahrensfehler des ausserhalb der Hauptverhandlung liegenden Verfahrens sich auf das Urteil auswirkt, ist deshalb nicht von vornherein auszuschliessen. Sie kann logischerweise gar nicht generell ausgeschlossen werden, da das ganze der Hauptverhandlung vorausgehende Verfahren auf die Hauptverhandlung ausgerichtet ist. Im Vor- und Zwischenverfahren geht es darum, ob das Hauptverfahren eröffnet wird, ob also eine Hauptverhandlung überhaupt stattfinden soll, während das zwischen Eröffnungsbeschluss und Hauptverhandlung liegende Verfahren unmittelbar der Vorbereitung der Hauptverhandlung dient. Die Hauptverhandlung ist daher in ihrer jeweiligen Gestaltung mit der Ergebnis des ihr vorausgehenden Verfahrens.

3. Die Praxis ist in der Verneinung der Revisibilität von Fehlern des ausserhalb der Hauptverhandlung liegenden Verfahrens demgemäss auch nicht konsequent, sondern lässt zahlreiche Durchbrechungen zu. Kleinknecht bringt die Tendenz der Rechtsprechung auf die Formel,[10] dass solche Fehler ausnahmsweise dann revisibel seien, wenn sie "bis zum Urteil weitergewirkt" haben. Es wird damit in praxi der

---

6) BGH NJW 52,1426
7) RG 55,226
8) vgl.o.S.23
9) RG 44,345
10) KMR N 1b zu § 336

Grundsatz, dass auf diesen Fehlern das Urteil nicht beruhen kann, aufgehoben, da im Einzelfall eben doch zu prüfen ist, ob sie sich auf das Urteil ausgewirkt haben.
So ist etwa, wenn ein Antrag auf Eröffnung der Voruntersuchung abgelehnt und die sofortige Beschwerde hiergegen falsch behandelt wurde, das Beruhen auf diesem Verstoss nicht von vornherein zu verneinen; denn "es ist nicht zu übersehen, ob es, wenn eine Voruntersuchung stattgefunden hätte, überhaupt zur Eröffnung des Hauptverfahrens gekommen wäre oder ob nicht wenigstens der den Gegenstand der Beschuldigung bildende Tatbestand eine für die Verteidigung des Angeklagten günstigere Aufklärung gefunden hätte".[11] Wenn die Anklageschrift oder der Eröffnungsbeschluss dem Beschuldigten nicht zugestellt wurden, so kann darin eine Beschränkung der Verteidigung liegen, auf der das Urteil beruht.[12] Wurde der Beschuldigte nicht gemäss § 2o1 I darauf aufmerksam gemacht, dass er nach § 14o I Ziff.2 oder 5 die Beiordnung eines Verteidigers beantragen kann, so ist nicht auszuschliessen, dass er bei ordnungsgemässem Verfahren von seinem Recht Gebrauch gemacht hätte und das Urteil infolgedessen anders ausgefallen wäre.[13] Kam der Eröffnungsbeschluss unter falscher Besetzung des Gerichts zusammen, so ist nicht auszuschliessen, dass er bei richtiger Besetzung gar nicht ergangen wäre.[14]

II. Damit lässt sich ein allgemeiner Satz, dass das Urteil auf Verfahrensverstössen, die ausserhalb der Hauptverhandlung liegen, nicht beruhen kann, sicher nicht aufrechterhalten. Es stellt sich jedoch die Frage, ob solche Verfahrensverstösse - auch wenn das Urteil auf ihnen beruhen kann - nicht aus anderen Gründen <u>generell irrevisibel</u> sind.
Der Grosse Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs hat in seiner vielbeachteten Entscheidung vom 21.1.1958[15] ausgeführt, § 337 bedeute nicht, dass alle Rechtsverletzungen, auf denen das Urteil beruht, revisibel seien. § 337 wolle

---

11) RG 32,81
12) RG 58,127; RG Rspr.3,484
13) BGH 6,141
14) RG 1o,59
15) JZ 58,62o

die Revision auf die Anfechtung des Urteils wegen Verletzung von Rechtsnormen beschränken, es lasse sich aber aus dieser Bestimmung nicht herleiten, dass "alle Verfahrensbeteiligten schlechthin alle Verfahrensverstösse" mit der Revision rügen könnten. Nach Ansicht des Grossen Senats gibt es demnach gewisse Verfahrensnormen, deren Verletzung vom Revisionskläger - auch wenn auf ihr das Urteil beruht - mit der Revision nicht gerügt werden kann.
Diese Auffassung, dass nicht alle Verfahrensverstösse mit der Revision gerügt werden können, lässt sich in dieser Allgemeinheit kaum anzweifeln. Für die Annahme einer generellen Irrevisibilität bestimmter Verfahrensfehler müssen jedoch jeweils besondere Gründe gegeben sein.
Es ist daher zu fragen, ob solche besonderen Gründe vorliegen, die es erlauben, bei bestimmten ausserhalb der Hauptverhandlung liegenden Verfahrensfehlern die Revisionsrüge allgemein auszuschliessen.

1. Solche besonderen Gründe, die die Revisibilität eines Verfahrensverstosses allgemein ausschliessen, sind für Fehler im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren anzunehmen. Es ist hier der herrschenden Meinung zu folgen, wonach grundsätzlich nur Verfahrensverstösse des Gerichts revisibel sein können, nicht auch solche der Staatsanwaltschaft.[16] Allerdings können in bestimmten Fällen auch Verfahrensverstösse der Staatsanwaltschaft mittelbare Bedeutung für die Revision erlangen, so wenn etwa eine im Ermittlungsverfahren mit unzulässigen Methoden erfolgte Vernehmung in der Hauptverhandlung verwertet wird; doch liegt hier der revisible Verstoss in der Verwertung der Aussage durch das Gericht.[17] Fehler der Anklageschrift können für die Revision deshalb erheblich sein, weil die Anklageschrift eine Prozessvoraussetzung darstellt.

2. Im Zwischenverfahren ist zu unterscheiden zwischen Normen, die lediglich der Vorbereitung der Entscheidung über die

---

16) Eb.Schmidt LK II N 23 zu § 337; KMR N 3 zu § 336; Schwarz N 3 C zu § 337; Erbs N 9 D zu § 337; Noack S.69; BGH 6,328; RG JW 3o,3421

17) v.Kries S.675; Noack S.69

Eröffnung des Hauptverfahrens, der Vorbereitung des Eröffnungsbeschlusses, dienen, und solchen, die der Vorbereitung der Verteidigung des Beschuldigten für die Hauptverhandlung selbst dienen. Werden Normen, die lediglich die Vorbereitung des Eröffnungsbeschlusses bezwecken, verletzt, so wird eine Revisionsrüge zu versagen sein. Denn die Zwischenschaltung des Eröffnungsbeschlusses zwischen Anklage und Hauptverhandlung hat nur den Zweck, den Beschuldigten davor zu bewahren, ungerechtfertigt vor Gericht gezogen zu werden, und die Justiz davor zu schützen, unnötige Prozesse durchführen zu müssen. Ist nun ein Verfahren bis in die Revisionsinstanz gediehen, so liessen sich auch bei Aufhebung des Urteils und des ihm zugrundeliegenden Eröffnungsbeschlusses diese mit der Einrichtung des Eröffnungsbeschlusses verfolgten Zwecke nicht mehr erreichen; denn das bisherige Verfahren wäre nicht mehr ungeschehen zu machen. Die Aufhebung von Urteil und Eröffnungsbeschluss wäre also, am Zweck des Eröffnungsbeschlusses gemessen, ohne Sinn.

Die Praxis kommt zu demselben Ergebnis der Verneinung eines Revisionsrügerechts, indem sie bei der Verletzung von solchen Normen, die lediglich der Vorbereitung des Eröffnungsbeschlusses dienen, das Beruhen des Urteils auf dem Verstoss verneint.[18] Bei Verletzung von Normen, die die Vorbereitung der Verteidigung des Beschuldigten für die Hauptverhandlung bezwecken, wird dagegen das Beruhen des Urteils auf dem Verstoss nicht grundsätzlich ausgeschlossen.[19]

Dafür, dass die Verletzung jener Normen, die ausschliesslich der Vorbereitung des Eröffnungsbeschlusses dienen, nicht

---

18) RG 2,2o: der Eröffnungsbeschluss wurde erlassen, bevor die gemäss § 2o1 I 1 gesetzte Frist zur Erklärung über etwaige Beweisanträge und Einwendungen gegen die Eröffnung des Verfahrens abgelaufen war; -RG 44,381: durch den Eröffnungsbeschluss wurde ein Antrag auf Eröffnung der Voruntersuchung übergangen (vgl.auch Eb.Schmidt LK II N 3o zu § 178 mit Nachweisen);-RG 44,381, Kohlhaas bei Löwe-Rosenberg N 12 zu § 2o1, KMR N 9c zu § 2o1, Alsberg-Nüse S.182: ein Beweisantrag i.S. von § 2o1 I blieb unbeschieden.

19) RG 58,127: Anklageschrift wurde nicht zugestellt;- BGH 6,141: der Beschuldigte wurde nicht nach § 2o1 I 3 auf sein Recht hingewiesen, gemäss § 14o I Ziff.2 oder 5 die Beiordnung eines Verteidigers zu beantragen.

revisibel ist, findet sich in einer frühen Entscheidung des Reichsgerichts[20] auch eine einleuchtende gesetzessystematische Begründung aus Inhalt und Zusammenhang des § 2o1. Dem Angeklagten ist nach § 2o1 II 3 gegen den gerichtlichen Beschluss über seine Anträge und Einwendungen ausser im Fall der Unzuständigkeit des Gerichts (§ 182 I) auch im Fall der Ablehnung des Antrags auf gerichtliche Voruntersuchung die sofortige Beschwerde gegeben (§ 183). In diesen beiden Fällen ist damit eine Revisionsrüge ausgeschlossen.[21] Es könne nun nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben, für den - der Entscheidung zugrundeliegenden - Fall, "in welchem es sich um eine Befugnis des Angeklagten von geringerer Bedeutung, nämlich um die Vornahme einzelner Beweishandlungen, handelt, demselben zwar die sofortige Beschwerde zu versagen, nichtsdestoweniger aber die Anfechtung des Beschlusses in der Revisionsinstanz zuzulassen". Allgemein wird in dieser Richtung zu sagen sein: wenn das Gesetz in den bedeutsamen Fällen der Ablehnung eines Antrags auf Eröffnung der Voruntersuchung oder der Zurückweisung der Einwendung der Unzuständigkeit des Gerichts die Revisionsrüge versagt, dann muss die Revisionsrüge auch in den übrigen Fällen der Falschbehandlung von Anträgen und Einwendungen nach § 2o1 versagt sein, und - noch weitergehend - überhaupt in all den Fällen, in denen ein Antrag oder eine Einwendung nach § 2o1 möglich gewesen wäre, aber nicht vorgebracht wurde, soweit es dabei ausschliesslich um die Vorbereitung des Eröffnungsbeschlesses geht.

3. Entsprechendes muss auch für das Stadium der Vorbereitung der Hauptverhandlung gelten. Die Verletzung solcher Normen, die lediglich der technischen Vorbereitung der Hauptverhandlung dienen (z.B. Beweisantragsrecht der Parteien nach § 219, um eine rechtzeitige Ladung der Beweispersonen zu ermöglichen), ist irrevisibel; die Verletzung derjenigen Normen, die der Vorbereitung der Verteidigung und der Anklage für die Hauptverhandlung dienen, muss dagegen revisibel sein.[22]

2o) RG 2,2o

21) BGH 4,2o8; RG 44,38o

22) In der Rechtsprechung wird entsprechend das Beruhen des Urteils auf einem Verstoss verneint: bei Ablehnung

Zweiter Abschnitt: Einzelne Fallgruppen der Rügeverwirkung

§ 2o. Fehlerhafte Behandlung von Beweisanträgen

I. Beweisanträge im Zwischenverfahren.

Gemäss § 2o1 I 1 erhält der Beschuldigte die Möglichkeit, im Zwischenverfahren Beweisanträge zu stellen. Es geht hierbei nicht um den Beweiseinzug in der Hauptverhandlung, vielmehr um Beweiserhebungen, die vor Erlass des Eröffnungsbeschlusses vorgenommen werden sollen.[1] Dieses Beweisantragsrecht soll dem Beschuldigten Gelegenheit geben, schon vor Erlass des Eröffnungsbeschlusses entlastende Tatsachen, die zur Ablehnung eines Eröffnungsbeschlusses oder doch zu einem dem Beschuldigten günstigeren Eröffnungsbeschluss führen könnten, vorzubringen. Durch Beweisanträge i.S. des § 2o1 I soll also lediglich die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens vorbereitet werden.
Über den Beweisantrag muss durch Beschluss des beschliessenden Gerichts entschieden werden.[2] Bleibt ein Antrag unbeschieden, so liegt ein Verfahrensverstoss vor. Die herrschende Meinung verneint jedoch eine Revisibilität dieses Verstosses.[3]

---

eines Beweisantrags nach § 219 (RG Rspr.1,158; 2,246); bejaht wird das Beruhen: bei unterbliebener Zustellung des Eröffnungsbeschlusses (RG Rspr.3,484), bei unterbliebener Ladung des Verteidigers (RG 19,436; 53,264).

1) Kern S.157

2) Kern S.157; Kohlhaas bei Löwe-Rosenberg N 12 zu § 2o1; Eb.Schmidt LK II N 21 zu § 2o1; KMR N 9c zu § 2o1; Schwarz N 2 zu § 2o1

3) Kohlhaas bei Löwe-Rosenberg N 12 zu § 2o1; Eb.Schmidt LK II N 21 zu § 2o1; RG 44,381. Darüber, dass das Gericht u.U. aus dem Gedanken der Fürsorgepflicht heraus gehalten ist, von sich aus in der Hauptverhandlung auf den Antrag zurückzukommen, vgl.Noack S.55.

Auch ein ablehnender Bescheid kann nach einhelliger Ansicht nicht mit der Revision angegriffen werden; hier bleibt für den Beschuldigten nur die Möglichkeit der Wiederholung des Antrags für die Hauptverhandlung.[4)]
Diese Versagung einer Revisionsrüge wird insofern richtig sein, als die Beweisanträge nach § 2o1 I nur dem begrenzten Zweck dienen sollen, den Erlass eines Eröffnungsbeschlusses und dadurch die Durchführung des Hauptverfahrens, insbesondere der Hauptverhandlung, zu verhindern, im ganzen Umfang oder doch hinsichtlich bestimmter Punkte der Anklage. Sie haben den Zweck, dem Beschuldigten - wie auch dem Staat - ein aussichtsloses und daher unötiges Strafverfahren zu ersparen, sollen aber nicht schon zur Vorbereitung des Urteils dienen. Schwebt das Verfahren einmal in der Revisionsinstanz, so ist die Tatsache, dass das bisherige Verfahren stattgefunden hat und dabei der Gegenstand des Eröffnungsbeschlusses behandelt wurde, nicht mehr ungeschehen zu machen. Insofern wäre eine Aufhebung des Urteils zwecklos.

Nun gibt es Fälle, in denen der rechtsunkundige Beschuldigte trotz Ablehnung des Beweisantrags im Zwischenverfahren annehmen kann, eine Wiederholung seines Antrags sei unnötig, da das Gericht von sich aus in der Hauptverhandlung auf den Antrag zurückkommen werde; dies ist z.B. dann der Fall, wenn der Antrag unzulässigerweise wegen Wahrunterstellung abgelehnt wird oder wenn überhaupt die Bescheidung des Antrags an das erkennende Gericht verwiesen, also ebenfalls ein Beweiseinzug im Zwischenverfahren abgelehnt wird. Werden diese Zusagen in der Hauptverhandlung nicht eingehalten (Wahrunterstellung der durch den Beweisantrag zu beweisenden Umstände, Verweisung an das erkennende Gericht), dann kann der Beschuldigte - je nach der Fallgestaltung - hierauf die Revision gründen. Denn durch die Falschbescheidung wurde er u.U. in den Irrtum versetzt, er habe seinerseits mit dem Antrag im Zwischenverfahren alles getan, um seinen Antrag in der Hauptverhandlung durchzusetzen. Hieraus ergibt sich

4) Kohlhaas bei Löwe-Rosenberg N 12 zu § 2o1; KMR N 9c zu § 2o1; Alsberg-Nüse S.182

für den Vorsitzenden die Fürsorgepflicht, den Beschuldigten darüber aufzuklären, wenn von der Zusage der Wahrunterstellung in der Hauptverhandlung abgegangen wird, oder - im Falle der Verweisung an das erkennende Gericht - den Antrag vor das erkennende Gericht zu bringen. Auf einer Verletzung dieser Fürsorgepflicht kann das Urteil beruhen.[5)]

Es handelt sich hier bei der Bejahung einer Revisionsmöglichkeit also nicht um eine Auswirkung der Verwirkungsgrundsätze; denn der Verstoss, der in der Falschbehandlung des Beweisantrags liegt, ist als solcher nach wie vor irrevisibel, so dass sich insoweit die Frage der Verwirkung nicht stellt. Ein Revisionsgrund ist vielmehr darin zu sehen, dass die Fürsorgepflicht, den Beschuldigten von einem - durch die Falschbescheidung verursachten - Irrtum zu befreien, verletzt wurde.
Eine Verwirkung der Rüge wegen dieser Verletzung der Fürsorgepflicht kommt deshalb nicht in Betracht, weil, wenn die subjektiven Voraussetzungen der Verwirkung vorlägen, der Beschuldigte sich nicht mehr in einem Irrtum über die prozessuale Auswirkung der Bescheidung seines Antrags befände, damit also wieder eine gerichtliche Fürsorgepflicht zur Aufklärung über eben diesen Irrtum entfallen würde, also gar keine Verletzung der Fürsorgepflicht vorliegen könnte.

Gemäss § 2o1 I 1 hat der Vorsitzende den Beschuldigten aufzufordern, sich innerhalb einer bestimmten Frist darüber zu erklären, ob er die Vornahme einzelner Beweiserhebungen beantragen wolle. Ist schon bei einer Falschbehandlung derartiger Beweisanträge die Revisionsrüge zu versagen, so muss dies umso mehr dann gelten, wenn der Vorsitzende den Beschuldigten nicht zur Erklärung über etwaige Beweiswünsche auffordert oder schon vor Ablauf der von ihm für diese Beweisanträge gesetzten Frist den Eröffnungsbeschluss erlässt.[6)]

---

5) Eb.Schmidt LK II N 22 zu § 2o1; Kohlhaas bei Löwe-Rosenberg N 12 zu § 2o1; Schwarz N 2 zu § 2o1; KMR N 9c zu § 2o1; Alsberg-Nüse S.182ff.; Beling S.172; RG 72,231; ausführlich Noack S.57f.

6) RG 2,19; Kohlhaas bei Löwe-Rosenberg N 14 zu § 2o1; Noack S.75

II. Beweisanträge nach § 219

Schon im Stadium der Vorbereitung der Hauptverhandlung kann der Beschuldigte Beweisanträge für die Hauptverhandlung stellen (§ 219). Solche Beweisanträge können nur dann abgelehnt werden, wenn Gründe vorliegen, die auch zur Ablehnung eines in der Hauptverhandlung selbst gestellten Beweisantrags führen müssten.[7] Dennoch kann auf die unzulässige Ablehnung eines gemäss § 219 gestellten Beweisantrags nach herrschender Ansicht die Revision nicht gestützt werden.[8]

Diese Praxis, bei einem Verstoss gegen § 219 die Revision zu versagen, ist zu bejahen. Es wird davon auszugehen sein, dass auch § 219 eine der Normen ist, auf deren Verletzung die Revision grundsätzlich nicht gestützt werden kann. § 219 dient der Vorbereitung der Hauptverhandlung; er soll eine Unterbrechung oder Aussetzung der Hauptverhandlung zum Zwecke der Herbeischaffung von Beweismitteln möglichst unnötig machen. Die Bestimmung will dagegen nicht dem Beschuldigten weitere Verteidigungsbehelfe an die Hand geben; denn ob der Beschuldigte nach § 219 einen Beweisantrag vor der Hauptverhandlung oder nach § 244 in der Hauptverhandlung stellt, das Recht auf Beweiseinzug bleibt seinem Umfang nach dasselbe. Wenn § 219 daher eine der Vorbereitung des Verfahrens dienende Zweckmässigkeitsnorm ist, so scheint es richtig, mit der herrschenden Meinung die Revisibilität dieser Norm zu verneinen, da der mit § 219 verfolgte Zweck - Ermöglichung einer möglichst ununterbrochenen Hauptverhandlung - nicht auf den Urteilsinhalt bezogen ist. Ist daher die Revisionsrüge grundsätzlich zu versagen, so ist für eine Verwirkung der Verfahrensrüge kein Raum.

Jedoch ist die Revisionsrüge dann wieder nicht schon grundsätzlich ausgeschlossen, wenn der unverteidigte rechtsunkundige Beschuldigte einen Beweisantrag gemäss § 219 gestellt hat und

---

7) Kern S.16o

8) Kern S.16of.; Eb.Schmidt LK II N 1o zu § 219; Geier bei Löwe-Rosenberg N 1o zu § 219; Alsberg-Nüse S.182; Noack S.58; RG Rspr. 1,158; 2,246

dieser Beweisantrag unbeschieden geblieben ist;[9] der rechtsunkundige Angeklagte könnte hier der Ansicht sein, über seinen unerledigten Antrag werde noch in der Hauptverhandlung entschieden, ohne dass er daran zu erinnern brauchte. Die Revisionsrüge ist auch dann nicht grundsätzlich ausgeschlossen, wenn der Vorsitzende den Angeklagten bei der Bescheidung des Antrags unzulässigerweise auf die Hauptverhandlung vertröstet, wo über seinen Antrag entschieden werde, das erkennende Gericht aber den Antrag dann entgegen der Zusage des Vorsitzenden nicht behandelt,[10] oder wenn der Vorsitzende den Antrag wegen Wahrunterstellung ablehnt, das erkennende Gericht aber, ohne den Antrag zu behandeln, sich dieser Wahrunterstellung nicht anschliesst.[11] Hier muss sich der Angeklagte auf die Zusagen des Vorsitzenden verlassen können. Revisibel ist hier aber wiederum nicht die Verletzung von § 219, sondern revisibel ist die Verletzung der gerichtlichen Fürsorgepflicht. Bei diesen Fallgestaltungen kann der Angeklagte der Ansicht sein, sein Antrag werde, ohne dass er ihn noch einmal vorzubringen hätte, in der Hauptverhandlung berücksichtigt. Auf Grund der gerichtlichen Fürsorgepflicht muss hier der Angeklagte in der Hauptverhandlung über seine Rechte aufgeklärt werden.[12]

III. Beweisanträge in der Hauptverhandlung

Wird ein in der Hauptverhandlung gestellter Beweisantrag nicht beschieden, so ist die Rüge wegen dieses Verfahrensverstosses verwirkbar. Praktisch jedoch wird sich das Vorliegen der subjektiven Verwirkungsvoraussetzungen nie nachweisen lassen. Es wird einer Partei kaum zu widerlegen sein, dass sie bis zum Schluss der Hauptverhandlung mit einer prozessordnungsgemässen Bescheidung des Antrags gerechnet habe. Wird

---

9) Eb.Schmidt LK II N 6a zu § 219; KMR N 4a zu § 219; Noack S.65f.; RG JW 32,1660; KG JR 50,567; OLG Köln NJW 54,46

10) RG 61,378; 75,166; BGH JZ 51,725 mit Anm.von Oehler (dort nähere Nachweise); ausführlich Noack S.60ff.

11) RG 73,193; 75, 167; BGH 1,51; Eb.Schmidt LK II N 12 zu § 219 mit Nachweisen; ausführlich wiederum Noack S.67f.

12) KMR N 4a zu § 219; Eb.Schmidt LK II N 11f.zu § 219; Geier bei Löwe-Rosenberg N 7a zu § 219; Alsberg-Nüse S.183; BGH 1, 286; KG JR 50,567; OLG Köln NJW 54,46

ein Beweisantrag aber falsch beschieden, wird er zu Unrecht abgelehnt, so ist eine Verwirkungsmöglichkeit grundsätzlich ausgeschlossen. Denn wenn das Gericht einen Beweisantrag in der Hauptverhandlung durch Beschluss abgelehnt hat, so hat es damit endgültig gesprochen, und es gibt für die Partei keine erfolgversprechende Möglichkeit mehr, eine Revidierung dieses Beschlusses in der Hauptverhandlung durchzusetzen.

§ 21. Beiordnung eines Verteidigers

I. Unter den Voraussetzungen des § 140 ist die Mitwirkung eines Verteidigers am Verfahren notwendig. Findet unter diesen Voraussetzungen die Hauptverhandlung ohne Beisein eines Verteidigers statt, so ist ein absoluter Revisionsgrund i.S. des § 338 Ziff.5 gegeben.[1] Die Revisionsrüge eines solchen Verfahrensverstosses kann, da es sich um einen absoluten Revisionsgrund handelt, nicht verwirkt werden. Dies gilt auch dann, wenn die Verteidigung nur deshalb zu einer notwendigen wurde, weil ein Antrag auf Beiordnung eines Verteidigers nach § 140 I Ziff.2 oder 5 gestellt wurde. Hier kann der Antragsteller den Antrag zwar wieder zurücknehmen, er kann ihn auch stillschweigend zurücknehmen;[2] wenn der Antrag jedoch nicht zurückgenommen ist, kann die Partei die Rüge wegen Fehlens eines notwendigen Verteidigers nicht verwirken.[3]

I. In den Fällen der notwendigen Verteidigung ist der Verteidiger vor Erlass des Eröffnungsbeschlusses oder unmittelbar nach Zustellung des Eröffnungsbeschlusses zu bestellen (§ 141). Wird der Verteidiger zwar vor der Hauptverhandlung, aber erst zu einem späteren Verfahrensabschnitt bestellt, so liegt

---

1) vgl.Eb.Schmidt LK II N 5 zu § 140

2) vgl.Niethammer bei Löwe-Rosenberg N 8 zu § 140; KMR N 12b zu § 140; Eb.Schmidt LK II N 6 zu § 140; RG LZ 1916,822; 1921,234; RG JW 22,1034; RG GA 51,52. Noack S.44ff. weist zu Recht darauf hin, dass die Rechtsprechung in der Annahme eines stillschweigenden Verzichts auf Beiordnung eines Verteidigers z.T. bedenklich weit geht.

3) vgl.o.S.70

darin ein Verfahrensverstoss.[4] Wurde der Verteidiger in unzulässiger Weise erst nach Eröffnung des Hauptverfahrens bestellt, so kann aber eine Benachteiligung des Angeklagten nicht gerügt werden, soweit sie darin liegt, dass ihm die Unterstützung eines Verteidigers bei Darlegung der Einwendungen entzogen wurde, die nach § 21o gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens vorzubringen gewesen wären.[5] Der Verteidiger kann jedoch u.U. Vertagung oder Aussetzung der Hauptverhandlung verlangen, wenn seine Bestellung so spät erfolgte, dass eine ordnungsgemässe Vorbereitung der Verteidigung nicht möglich war. Stellt der rechtskundige Verteidiger keinen solchen Antrag, dann dürfte damit die Revisionsrüge in aller Regel verwirkt sein.[6]

III. Nach § 2o1 I 3 ist der Beschuldigte vor Erlass des Eröffnungsbeschlusses auf sein Recht, gemäss § 14o I Ziff.2 oder 5 die Bestellung eines Verteidigers zu beantragen, hinzuweisen. Unterbleibt ein solcher Hinweis, so liegt ein revisibler Verfahrensverstoss vor, auf dem das Urteil beruhen kann.[7] Die Revisionsrüge kann jedoch verwirkt werden; denn der Hinweis nach § 2o1 I 3 soll nur dazu dienen, dem Beschuldigten die Stellung eines Antrags auf Verteidigerbestellung zu ermöglichen, während es im Belieben des Beschuldigten bleibt, ob er diese Antragsmöglichkeit dann auch ausnutzen will.

---

4) RG 6,443

5) RG 6,443; vgl.hierzu o.S.91ff.

6) Nach Eb.Schmidt LK II N 3 zu § 14o (mit Nachweisen aus der Rechtsprechung) und Löwe-Rosenberg N 5 zu § 14o muss der Vorsitzende, wenn eine Verteidigerbestellung infolge Ausfalls des bisherigen Verteidigers erst unmittelbar vor der Hauptverhandlung erfolgt, von Amts wegen prüfen, ob eine Aussetzung der Hauptverhandlung geboten ist, selbst wenn der Verteidiger dies nicht beantragt.- Verletzt er jedoch diese Pflicht, dann verwirkt der Verteidiger - wohl entgegen diesen angeführten Stellen - die diesbezügliche Revisionsrüge, sofern er nur die subjektiven Voraussetzungen der Verwirkung erfüllt. Denn wie weit er sich auf ein Verfahren vorbereiten will,ist Sache des Verteidigers (vgl.BGH NJW 52,1426).

7) BGH 1,3o3; 6,14o; BGH NJW 51,2o5

IV. Der Antrag auf Beiordnung eines Verteidigers gemäss § 14o II ist inhaltlich gesehen nur eine Anregung;[8] denn die Frage, ob die Verteidigung eine notwendige ist, ist hier nicht abhängig von einem Antrag des Beschuldigten. Der Antrag ist dem Gericht vielmehr nur Anlass, diese Frage besonders zu überprüfen. Jedoch besteht die Pflicht, diesen Antrag zu bescheiden. Unterbleibt die Bescheidung, so liegt ein Verfahrensverstoss vor, auf dem das Urteil beruhen kann.[9] Eine Verwirkung ist dann ausgeschlossen, wenn die - die notwendige Verteidigung begründenden - Voraussetzungen des § 14o II vorliegen; denn dann wäre von Amts wegen ein Verteidiger zu bestellen.[1o] Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, d.h. wäre eine Ablehnung des Antrags gerechtfertigt gewesen und fehlte es nur an der ordnungsgemässen Bescheidung, so ist eine Verwirkung möglich; denn die Beschränkung der Verteidigung, die in der Nichtbescheidung liegt, besteht darin, dass der Beschuldigte in der Erwartung einer Bescheidung seines Antrags weitere Schritte (Einlegung einer Beschwerde, Wahl eines Verteidigers) unterliess. Da es in der freien Entscheidung des Beschuldigten gestanden hätte, ob und welche Schritte er bei einer ablehnenden Bescheidung seines Antrags unternommen hätte, er ausserdem ja auch den Antrag auf Verteidigerbestellung hätte zurücknehmen können, kann er auch die Revisionsrüge wegen dieser Nichtbescheidung verwirken.[11] Doch müssen dann bei dem Beschuldigten die subjektiven Verwirkungsvoraussetzungen vorliegen, d.h. er muss wissen, dass in der Nichtbescheidung seines Antrags ein Verfahrensverstoss liegt;[12] Dass er die Möglichkeit hat, das Gericht an seinen Antrag zu erinnern, dessen wird der Beschuldigte sich in der Regel bewusst sein.

---

8) KMR N 11 zu § 14o; Noack S.47

9) Eb.Schmidt LK II N 32 zu § 14o; KMR N 13 zu § 14o; Noack S.48; KG NJW 54,124

1o) BGH 6,199

11) vgl.RG JW 31,1o97; RG Rspr.1,299; Niethammer bei Löwe-Rosenberg N 14b zu § 14o; aA Eb.Schmidt LK II N 32 zu § 14o

12) Deshalb zu weitgehend Löwe-Rosenberg aaO

§ 22. Mängel der Anklageschrift; unterbliebene Mitteilung der Anklageschrift

I. Mängel der Anklageschrift

Auf Mängel der Anklageschrift kann die Revision grundsätzlich nicht gestützt werden. Der Beschuldigte kann diese Mängel zwar nach § 2o1 I 1 vor Erlass des Eröffnungsbeschlusses beanstanden; aber die Revisionsrüge kann er - auch wenn die Mängel trotz Beanstandung nicht beseitigt wurden - hierauf nicht gründen. Dies gilt, ob es sich um das Fehlen der Unterschrift des Staatsanwalts,[1] um das Fehlen des gemäss § 2oo II vorgeschriebenen Ermittlungsergebnisses,[2] um das Fehlen der gemäss § 2oo I erforderlichen Angabe der Beweismittel[3] oder des anzuwendenden Strafgesetzes handelt. Der Grund für diese Irrevisibilität dürfte darin liegen, dass es sich bei der Anklageschrift um einen Akt der Anklagebehörde und nicht um einen solchen des Gerichts handelt.[4]

Eine Revisionsrüge ist nur dann gegeben, wenn die Anklageschrift überhaupt fehlt oder doch so fehlerhaft ist, dass sie nicht als wirksam angesehen werden kann. Dies folgt aus dem Charakter der Anklageschrift als Prozessvoraussetzung (§ 155 I).[5] Unwirksam ist eine Anklageschrift dann, wenn sie keine genügende Umgrenzung der dem Gericht zur Aburteilung überwiesenen Tat bietet.[6] Die Rüge wegen Fehlens einer wirksamen Anklageschrift kann nicht verwirkt werden, da das Fehlen einer wirksamen Anklageschrift als Prozessvoraussetzung auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu beachten ist.[7]

---

1) RG 37,4o8; Eb.Schmidt LK I Nr.121; Noack S.7o

2) Schwarz N 1 B zu § 2oo; Noack S.7o

3) Kohlhaas bei Löwe-Rosenberg N 12 zu § 2oo; Noack S.7o

4) vgl.KMR N 3 zu § 336

5) BGH 5,227; Eb.Schmidt LK I Nr.121 mit Nachweisen

6) Eb.Schmidt LK II N 18 zu § 2oo; Kohlhaas bei Löwe-Rosenberg N 12 zu § 2oo; Noack S.7o

7) vgl.o.S.39

II. Unterbleiben der Mitteilung der Anklageschrift

Gemäss § 2o1 I 1 hat der Vorsitzende vor Erlass des Eröffnungsbeschlusses dem Beschuldigten die Anklageschrift mitzuteilen.

Die Unterlassung der Mitteilung bedeutet eine Verfahrensverletzung; sie kann eine - die Revisionsrüge begründende - Beschränkung der Verteidigung beinhalten.[8] Dass auf der Nicht-Mitteilung der Anklageschrift das Urteil beruhen kann, kann nicht bezweifelt werden; denn je früher der Beschuldigte von dem gegen ihn gerichteten Vorwurf und von dem Belastungsmaterial Kenntnis bekommt, desto besser kann er auch seine Verteidigung für die Hauptverhandlung vorbereiten.[9]

Wurde die Anklageschrift nicht mitgeteilt, so kann der Angeklagte in der Hauptverhandlung noch nachträglich die Mitteilung der Anklageschrift verlangen und gemäss § 228 Antrag auf Aussetzung der Hauptverhandlung stellen, da er sich u.U. bei Mitteilung der Anklageschrift besser auf die Hauptverhandlung hätte vorbereiten können.[1o]

Die Rüge wegen unterbliebener Mitteilung der Anklageschrift ist verwirkbar.[11] Denn die Mitteilung der Anklageschrift soll dem Beschuldigten eine sachdienliche Vorbereitung seiner Verteidigung ermöglichen, wobei es im Belieben des Beschuldigten bleibt, wieweit er die hierdurch gebotene Möglichkeit zu seiner Verteidigung ausnutzt. Doch kann eine Rügeverwirkung nur dann eintreten, wenn der Beschuldigte den in der unterbliebenen Mitteilung der Anklageschrift liegenden Verstoss erkannt und die Möglichkeit, eine nachträgliche Mitteilung der Anklageschrift zu verlangen und gemäss § 228

---

8) RG 27,236; 58,127; RG Rspr.3,484

9) vgl. die unter Anm.8 genannte Rechtsprechung. Noack (S.71) lässt das Urteil "in aller Regel nicht unmittelbar" auf dem Unterbleiben der Mitteilung der Anklageschrift beruhen.

1o) KMR N 1oc zu § 2o1; Eb.Schmidt LK II N 2 zu § 2o1; Noack S.71f.

11) Das Reichsgericht (vgl.Anm.8) nimmt zum Teil Rügeverzicht an unter Voraussetzungen, die allenfalls eine Rügeverwirkung rechtfertigten.

Antrag auf Aussetzung der Hauptverhandlung zu stellen, gesehen hat, aber trotzdem keinen Aussetzungsantrag gestellt hat.[12)]

§ 23. Unterbleiben einer Voruntersuchung; Mängel der Voruntersuchung

Mängel der gerichtlichen Voruntersuchung, wie auch überhaupt das unzulässige Fehlen einer Voruntersuchung können mit der Revision grundsätzlich nicht gerügt werden. Dies ist einhellige Meinung in Rechtsprechung und Lehre.[1)]

I. Unterbleiben einer Voruntersuchung

Eine Voruntersuchung ist teils zwingend vorgeschrieben (§ 178 I 1), teils ist sie auf Antrag des Beschuldigten durchzuführen (§ 178 I 3) und teils ist sie durchzuführen, wenn der Beschuldigte oder die Staatsanwaltschaft dies beantragen und erhebliche Gründe geltend machen, aus denen eine Voruntersuchung erforderlich erscheint (§ 178 II); ausserdem kann das Gericht zur besseren Aufklärung der Sache auch ohne Antrag der Parteien nach seinem Ermessen eine Voruntersuchung anordnen (§ 2o2).

1. Wird ein Antrag auf Eröffnung der Voruntersuchung abgelehnt (ausdrücklich oder stillschweigend durch Übergehen), so hat der Antragsteller hiergegen den Rechtsbehelf der sofortigen Beschwerde (§§ 2o1 II 3, 183). Nutzt der Antragsteller diesen Rechtsbehelf nicht aus, so kann er die Ablehnung seines Antrags nicht mit der Revision rügen; er ist mit

---

12) KMR N 1oc zu § 2o1.- Zu weitgehend daher Kohlhaas bei Löwe-Rosenberg N 4 zu § 2o1, der ein Revisionsrügerecht stets ausschliessen will, wenn kein Aussetzungsantrag gestellt wird. Widersprüchlich Noack S.74, der einerseits in der Nichtmitteilung einen revisiblen Verstoss nur dann sieht, wenn vergeblich ein Aussetzungsantrag nach § 228 gestellt wurde, während er andererseits eine Rügeverwirkung nur dann annimmt, wenn der Beschuldigte das ihm bekannte Unterbleiben der Mitteilung nicht rügt.

1) BGH 4,21o; BGH NJW 54,1855; RG 44,38o; RG Rspr.3,91; 6,161; Jagusch bei Löwe-Rosenberg N 5 zu § 337; Eb.Schmidt LK II N 3o zu § 178; Schwarz N 2 zu § 178; Noack S.76ff.

seinem Rügerecht durch Präklusion ausgeschlossen.[2] Ausnahmsweise kann die Revision gerechtfertigt sein, wenn der Antragsteller gegen einen den Antrag auf Eröffnung der Voruntersuchung ablehnenden Beschluss des Gerichts gemäss § 183 die sofortige Beschwerde eingelegt hat und diese Beschwerde überhaupt nicht oder nicht von der zuständigen Stelle beschieden wurde; denn vor der Entscheidung über die Beschwerde durch das zuständige Gericht hätte die Hauptverhandlung gar nicht stattfinden dürfen.[3] Allerdings stützt sich hier die Revisionsrüge nur mittelbar auf das Unterbleiben einer Voruntersuchung, unmittelbar jedoch auf die Durchführung des Hauptverfahrens trotz Nichtbescheidung der sofortigen Beschwerde. Eine Verwirkung dieser Revisionsrüge ist möglich und dann anzunehmen, wenn die Partei den Verstoss, der in der unzulässigen Fortführung des Verfahrens liegt, erkennt und ausserdem eine sich ihr bietende und von ihr erkannte erfolgversprechende Möglichkeit, das Gericht von der Gesetzwidrigkeit seines Verfahrens zu überzeugen, nicht ausnutzt; denn da es im Belieben der Partei liegt, die sofortige Beschwerde des § 183 zu erheben oder auch wieder zurückzunehmen, kann die Revisionsrüge wegen Falschbehandlung dieser Beschwerde auch verwirkt werden.[4]

2. Auch in den Fällen, in denen gemäss § 178 I 1 die Eröffnung der Voruntersuchung zwingend und ohne Rücksicht auf Parteianträge vorgeschrieben ist, kann die Revision nicht auf das Unterbleiben einer Voruntersuchung gestützt werden.[5] Der Grund für die Versagung der Revisionsrüge dürfte darin liegen,

---

2) BGH 4,21o; RG 44,38o; Eb.Schmidt LK II N 3o zu § 178; Jagusch bei Löwe-Rosenberg N 1 zu § 336; KMR N 8b zu § 178; Noack S.77

3) RG 32,81

4) Eine Verwirkungsmöglichkeit setzt auch RG 32,81 voraus, das in dem entschiedenen Fall einen Rügeausschluss nur deshalb ablehnt, weil der Revisionskläger der Ansicht gewesen war, die von ihm eingelegte und vom Gericht falsch behandelte Beschwerde sei gesetzlich unstatthaft, und aus diesem Grunde nicht darauf zurückgekommen war.

5) Jagusch bei Löwe-Rosenberg N 5 zu § 337; Eb.Schmidt LK II N 3o zu § 178; Schwarz N 2 zu § 178; Noack S.78

dass die Voruntersuchung lediglich die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens vorbereiten (vgl. § 19o I) und damit die Durchführung eines Hauptverfahrens, das keinen Erfolg verspricht, verhindern soll. Schwebt das Verfahren einmal in der Revisionsinstanz, so wäre die nachträgliche Durchführung einer Voruntersuchung sinnlos, da das bisherige Verfahren nicht mehr ungeschehen gemacht werden könnte.[6)]

3. Aus demselben Grund kann der Angeklagte die Revision nicht darauf stützen, dass er nicht gemäss § 2o1 I 2 auf sein Recht, eine Voruntersuchung zu beantragen, hingewiesen worden war.[7)]

Damit kann die Revision grundsätzlich nicht auf das Unterbleiben einer Voruntersuchung gestützt werden; insoweit ist auch für eine Rügeverwirkung kein Raum.

II. Auch Mängel der Voruntersuchung können mit der Revision nicht gerügt werden.[8)] Der Grund liegt wieder darin, dass die Voruntersuchung unmittelbar nur die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens vorbereiten soll. Die Partei kann lediglich vor Erlass des Eröffnungsbeschlusses Ergänzung der Voruntersuchung gemäss § 2o1 I 1 beantragen und hat gegenüber einer Ablehnung oder Übergehung dieses Antrags die sofortige Beschwerde nach §§ 2o1 II 3, 183.[9)] Auf anderem Wege können die Mängel der Voruntersuchung nicht gerügt werden, gleichgültig, ob der Partei diese Mängel rechtzeitig bekannt waren oder nicht, ob sie gemäss § 2o1 I 1 zu einer Äusserung über etwaige Einwendungen gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens aufgefordert wurde oder nicht. Das Problem der Rügeverwirkung stellt sich daher bei Mängeln der Voruntersuchung gar nicht.
Werden Ermittlungsergebnisse der Voruntersuchung im Hauptverfahren verwertet (etwa Verlesung eines Vernehmungs-

---

6) vgl.o.S.91ff.

7) Jagusch bei Löwe-Rosenberg N 4e zu § 336; Noack S.75; RG DRZ 25 Nr.352

8) RG 55,226; Rspr.6,164; v.Kries S.674; KMR N 1b zu § 336; N 8c zu § 178; Eb.Schmidt LK II N 3o zu § 178; Noack S.78

9) RG 55,226

protokolls), so kann, wenn diese Ermittlungsergebnisse fehlerhaft zustandegekommen sind, die Revision begründet sein. Die Rüge stützt sich hier jedoch nicht auf Mängel der Voruntersuchung, sondern auf die Verwertung dieser Ergebnisse im Hauptverfahren.[1o)]

§ 24. Mängel des Eröffnungsbeschlusses; unterbliebene Zustellung und Verlesung des Eröffnungsbeschlusses

I. Mängel des Eröffnungsbeschlusses

1. Der Eröffnungsbeschluss ist im ordentlichen Verfahren Prozessvoraussetzung.[1)] Bei Fehlen eines wirksamen Eröffnungsbeschlusses muss das Verfahren - auch noch in der Revisionsinstanz - von Amts wegen eingestellt werden. Die Rüge wegen Fehlens eines wirksamen Eröffnungsbeschlusses ist daher nicht verwirkbar.[2)]
   Die Unwirksamkeit eines Eröffnungsbeschlusses wird in bestimmten Fällen fehlerhafter Besetzung des beschliessenden Gerichts angenommen; so wenn der Beschluss nur von zwei oder einem Richter einer Kammer erlassen worden ist[3)] oder wenn ein gesetzlich ausgeschlossener Richter am Eröffnungsbeschluss mitgewirkt hat.[4)] Unwirksam ist ein Eröffnungsbeschluss auch dann, wenn er das in Frage stehende strafbare Verhalten nicht so bezeichnet, dass erkennbar ist, welche bestimmte Tat gemeint ist.[5)]

2. Ist der Eröffnungsbeschluss zwar wirksam, jedoch sonst mit Fehlern behaftet, so kann er doch mit der Revision anfechtbar

---

1o) v.Kries S.675; Jagusch bei Löwe-Rosenberg N 5a zu § 337; Noack S.79; vgl.hierzu u.S.11o

1) Kohlhaas bei Löwe-Rosenberg N 6 zu § 2o3 mit Nachweisen

2) Kern JZ 58,94; vgl.o.S.39

3) RG 43,218; BGH NJW 54,36o; BGH JR 57,69; BGH JZ 58,93 mit Anm.von Kern; Löwe-Rosenberg N 6 zu § 2o3; Noack S.79

4) RG 55,113; Kohlhaas bei Löwe-Rosenberg N 6 zu § 2o3; Noack S.8o; zweifelnd BGH JZ 58,93; aA Kern JZ 58,94; KMR N 2c zu § 22; RG 1o,56

5) BGH NJW 57,719

sein. Die Anfechtbarkeit (Revisibilität) und Aufhebbarkeit des Eröffnungsbeschlusses wurde zwar früher bestritten,[6] wird aber heute allgemein vorausgesetzt.[7] Es handelt sich hierbei insbesondere um Fehler in der Besetzung des beschliessenden Gerichts, soweit diese nicht schon zur Unwirksamkeit des Eröffnungsbeschlusses führen. Bei derartigen Besetzungsfehlern des beschliessenden Gerichts nahm das Reichsgericht verschiedentlich die Möglichkeit einer Verwirkung der Verfahrensrüge an.[8] Die Annahme einer Verwirkungsmöglichkeit ist hier jedoch nicht gerechtfertigt; denn das Gesetz räumt den Parteien keinerlei Einfluss auf die Besetzung des beschliessenden Gerichts ein. Gerade die Besetzung des Gerichts steht streng unter der Amtsmaxime. Allerdings ist die Revisionsrüge wegen eines fehlerhaften Eröffnungsbeschlusses dann präkludiert, wenn sie nicht vor Ablauf der Revisionsbegründungsfrist nach § 344 II 2 erhoben wird. Die Fehlerhaftigkeit eines Eröffnungsbeschlusses kann also nicht noch in der zweiten oder gar dritten Revision gerügt werden.[9] Es handelt sich hier jedoch um eine Präklusion der Rüge ohne Rücksicht auf die Kenntnis der Partei vom Verfahrensfehler.[1o]

3. Der Eröffnungsbeschluss soll nicht nur als Prozessvoraussetzung das Gebiet umgrenzen, auf welchem die Entscheidung zu treffen ist, sondern er soll auch dem Angeklagten die Möglichkeit bieten, seine Verteidigung sachdienlich zu führen.[11] Leidet der Eröffnungsbeschluss nun an solchen Fehlern, die seine Eigenschaft als Prozessvoraussetzung nicht beeinträchtigen, jedoch für die Verteidigungsführung des Angeklagten

---

6) v.Kries S.48o Anm.1 verneint die Anfechtbarkeit des Eröffnungsbeschlusses, da das Gesetz - § 353 - nur von der Aufhebung des Urteils und der ihm zugrundeliegenden Feststellungen, nicht aber von einer Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses spreche.

7) RG 1o,56; RG JW 3o,2141; BGH JZ 58,93; Kern JZ 58,95

8) RG 1o,59; 43,219; 55,113; JW 3o,2141 mit Anm. von Alsberg

9) BGH JZ 58,93

1o) Kern JZ 58,95

11) RG Rspr.5,585; RG 24,66

nicht die genügende Grundlage bieten - Unvollständigkeit oder Unbestimmtheit des Eröffnungsbeschlusses -, so sind diese Mängel heilbar, ohne dass hierzu der Eröffnungsbeschluss aufgehoben und neu erlassen werden müsste. So kann etwa die Anführung des Strafgesetzes oder einzelner Tatbestandmerkmale durch Hinweis des Vorsitzenden in der Hauptverhandlung ersetzt werden.[12] Der Vorsitzende kann auch zur Ergänzung und Erläuterung des Eröffnungsbeschlusses die Anklageschrift heranziehen.[13]

Erfolgt die Erläuterung und Ergänzung des Eröffnungsbeschlusses durch den Vorsitzenden in der Hauptverhandlung, so soll der Mangel des Eröffnungsbeschlusses geheilt sein, umd den Angeklagten soll kein Rügerecht mehr zustehen. Lediglich dann soll der Angeklagte noch ein Revisionsrügerecht haben, wenn er nach Ergänzung des Eröffnungsbeschlusses einen Aussetzungsantrag gestellt hat und dieser Antrag zu Unrecht abgelehnt worden ist.[14] Man wird jedoch davon ausgehen müssen, dass es sich hier um einen Verwirkungsfall handelt: die Rüge ist erst dann ausgeschlossen, wenn der Angeklagte um die Möglichkeit des Aussetzungsantrags weiss und trotzdem keinen solchen Antrag stellt. Vom Vorsitzenden ist zu verlangen, dass er, wenn er einen unvollständigen oder unbestimmten Eröffnungsbeschluss erläutert, gleichzeitig den Angeklagten auf die Möglichkeit eines Aussetzungsantrags aufmerksam macht. Auch wenn eine Ergänzung und Erläuterung eines unvollständigen oder unbestimmten Eröffnungsbeschlusses unterbleibt, werden die Parteien die Rüge wegen des mangelhaften Eröffnungsbeschlusses verwirken können.[15] Denn ist der Eröffnungsbeschluss ergänzungsfähig, so dient die Ergänzung nur der Ermöglichung einer sachgerechten Prozessführung der Parteien.

II. Unterbleiben der Zustellung des Eröffnungsbeschlusses

Nach § 215 I ist dem Angeklagten der Eröffnungsbeschluss

---

12) RG Rspr.5,583; RG 24,64

13) RG 24,64; 44,28; 59,36o; BGH NJW 57,719

14) RG 24,66; RG Rspr.5,583; Eb.Schmidt LK I Nr.224; Kohlhaas bei Löwe-Rosenberg N 7 zu § 2o7; Schwarz N 2 zu § 2o7; Noack S.31

15) RG Rspr.5,585

spätestens mit der Ladung zuzustellen. Unterbleibt die Zustellung, so liegt ein Verfahrensverstoss vor, auf dem u.U. das Urteil beruhen kann; denn durch die Zustellung des Eröffnungsbeschlusses soll dem Angeklagten eine gründliche Vorbereitung seiner Verteidigung ermöglicht werden. Gerade deshalb jedoch, weil die Zustellung der Vorbereitung der Verteidigung dient, kann der Angeklagte die Rüge wegen Nichtzustellung des Eröffnungsbeschlusses auch verwirken.[16] Eine Rügeverwirkung ist aber nur dann anzunehmen, wenn der Angeklagte den Verfahrensverstoss erkennt und, obwohl er weiss, dass er wegen des Verstosses Aussetzung der Hauptverhandlung nach § 228 beantragen könnte, nichts unternimmt.[17] Es kommt dabei auf die Kenntnis des Angeklagten, nicht etwa seines Verteidigers an.

III. Unterbleiben der Verlesung des Eröffnungsbeschlusses

Unterbleibt die nach § 243 II erforderliche Verlesung des Eröffnungsbeschlusses in der Hauptverhandlung, so kann die diesbezügliche Revisionsrüge nicht verwirkt werden. Denn die Verlesung bezweckt nicht nur die Unterrichtung der Parteien, sondern ebensosehr die Unterrichtung des Gerichts.[18]

§ 25. Vorweggenommene Teile der Hauptverhandlung

Nach § 251 I können unter den dort aufgeführten Voraussetzungen richterliche Vernehmungen von Zeugen und Sachverständigen, die ausserhalb der Hauptverhandlung erfolgten, in der Hauptverhandlung verwertet werden, indem die Vernehmungsprotokolle verlesen werden. Nach der allgemeinen Regel des § 249 können in der Hauptverhandlung ferner Protokolle über einen ausserhalb der Hauptverhandlung

16) Eb.Schmidt LK II N 2 zu § 215; Geier bei Löwe-Rosenberg N 5 zu § 215; v.Kries S.527; Noack S.89; RG Rspr.3,481; RG 6,644; RG JW 29,1o44

17) Deshalb zu weitgehend die in Anm.16 aufgeführten Stellen, wonach ein Rügeausschluss stets dann eintritt, wenn der Angeklagte keinen Aussetzungsantrag stellt.

18) BGH 8,283; Noack S.36

eingenommenen richterlichen Augenschein verwertet werden. Derartige ausserhalb der Hauptverhandlung liegende Beweisaufnahmen sind jedoch, wenn sie von vornherein im Hinblick auf eine etwaige Verwertung in der Hauptverhandlung vorgenommen werden, parteiöffentlich zu gestalten; d.h. dem Staatsanwalt, dem Beschuldigten und seinem Verteidiger ist die Anwesenheit bei der Beweisaufnahme zu gestatten, und sie sind rechtzeitig vom Beweistermin zu unterrichten (§§ 193,224,225).

Es ist nun ein mit der Revision häufig gerügter Fehler, dass vorweggenommene Teile der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung durch Protokollverlesung verwertet werden, obwohl diese Beweisaufnahme prozessordnungswidrig ohne vorherige Terminsbenachrichtigung der Beteiligten erfolgt ist. Fehlerhaft ist in diesen Fällen nicht die Protokollverlesung als solche; denn die Verlesbarkeit einer Urkunde hängt nach der Neufassung des § 251[1] nicht mehr von der Beobachtung der Förmlichkeiten der §§ 193,224,225 ab. Fehlerhaft wäre nur der Umstand, dass die Verlesung "als zur Beweiserbringung zureichend" angesehen wurde.[2]
Dass das Urteil auf diesem Verfahrensfehler beruhen kann, ist wohl nicht zu bezweifeln. Bei den hier in Frage stehenden Fällen lässt sich schwerlich die Möglichkeit ausschliessen, dass das Ergebnis der vorweggenommenen Beweisaufnahme bei einer Teilnahme der Prozessbeteiligten anders hätte aussehen können und zu einem anders lautenden Urteil hätte führen können.[3]
Für die Frage der Rügeverwirkung entscheidend ist, dass das Gesetz es den Beteiligten freistellt, ob sie am jeweiligen Termin der vorweggenommenen Beweisaufnahme teilnehmen wollen oder nicht. Eine Verwirkung der Revisionsrüge wegen

---

1) 3.Verordnung zur Vereinfachung der Strafrechtspflege vom 29.5.1943

2) Eb.Schmidt LK II N 12 zu § 193; ausführlich Noack S.84f.; BGH 1,219; 1,296; BGH NJW 52,1426; aA Alsberg-Nüse S.322; KmR N 3a I zu § 251; Geier bei Löwe-Rosenberg N 12a zu § 251; Niese JZ 53,222 Ziff.V 3; zweifelnd BGH 9,24

3) BGH 9,24; Noack S.85

unterbliebener Terminsbenachrichtigung ist daher grundsätzlich möglich.[4] Es bleibt dabei aber darauf zu achten, dass derjenige, der den Verwirkungstatbestand erfüllen soll, den Verfahrensverstoss der mangelnden Benachrichtigung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht kennen muss und sich einer Abhilfe- (Beanstandungs-)möglichkeit bewusst sein muss, ohne diese Abhilfemöglichkeit zu nutzen. Dies wird beim Angeklagten nur in den seltensten Fällen zutreffen.[5]

Im Verhältnis von Verteidiger und Angeklagtem ist - hinsichtlich der Erfüllung der subjektiven Verwirkungsvoraussetzungen - jeweils derjenige massgebend, der von dem Beweisaufnahmetermin nicht benachrichtigt worden ist. Wurden beide nicht benachrichtigt, so müssen die Voraussetzungen bei beiden,[6] wurde nur einer von beiden nicht benachrichtigt, so müssen sie auch nur bei diesem vorliegen. Deshalb ist der allgemeine Satz, dass die Revisionsrüge wegen Nichtbenachrichtigung verwirkt ist, wenn der Verteidiger den Verstoss nicht schon in der Hauptverhandlung rügt,[7] zu weitgehend.[8] Das Gesetz stellt es in die freie Entscheidung des Beschuldigten, ob er selbst an der vorweggenommenen Beweisaufnahme teilnehmen will, und nicht in die Entscheidung des Verteidigers; deshalb kann der Beschuldigte auch nur in eigener Person die Revisionsrüge wegen seiner unterbliebenen Benachrichtigung verwirken. Erhielt aber nur der Verteidiger keine Terminsnachricht, so kommt es hinsichtlich der subjektiven Verwirkungsvoraussetzungen auch allein auf seine eigene Person an.[9]

---

4) BGH 1,284; NJW 52,1426; BGH 9,24 (28); Eb.Schmidt LK II N 15 zu § 193; aA Niese JZ 53,222

5) Eb.Schmidt LK II N 15 zu § 193; BGH NJW 52,1426, wonach der Angeklagte den Fehler beanstanden muss, "jedenfalls wenn er durch einen Rechtsanwalt verteidigt wird", spricht dies nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit aus.

6) Alsberg-Nüse S.324; RG JW 28,2143; 35,956

7) so Eb.Schmidt aaO; K.R N 6a zu § 224

8) Noack S.88

9) so, wenn auch nicht ausdrücklich: Eb.Schmidt aaO; K.R aaO; aA OLG Dresden JW 3o,3567; Alsberg-Nüse S.324; Noack S.87

Zwar hat der Beschuldigte ein Recht auf Benachrichtigung seines Verteidigers. Da der Verteidiger aber dem Beschuldigten gegenüber selbständig ist[10] und selbst entscheiden kann, ob er seine Teilnahme am Termin der vorweggenommenen Beweisaufnahme für erforderlich hält und den Termin wahrnehmen soll,[11] kann er auch nachträglich die Rüge wegen seiner unterbliebenen Benachrichtigung in eigener Person und mit Wirkung für den Angeklagten verwirken.

§ 26. Zustimmung zur Verlesung von richterlichen Vernehmungsprotokollen

Nach § 251 I Ziff.4 kann die unmittelbare Vernehmung einer Auskunftsperson ersetzt werden durch die Verlesung des Protokolls über deren frühere richterliche Vernehmung, wenn Staatsanwalt, Verteidiger und Angeklagter damit "einverstanden" sind. Nach § 325 dürfen in der Berufungsverhandlung Vernehmungsprotokolle aus der ersten Instanz unter gewissen Umständen nur mit "Zustimmung" von Staatsanwalt und Angeklagtem verlesen werden.
Wenn § 251 I Ziff.4 von "Einverständnis" spricht, so ist damit nichts anderes gemeint als mit dem Wort "Zustimmung" in § 325; auch dies "Einverständnis" besteht in einer Willenserklärung.[1]
Eine Einverständniserklärung liegt nicht schon in dem blossen Unterlassen eines Widerspruchs gegen die Verlesung,[2] da der rechtsunkundige Angeklagte in aller Regel über sein Zustimmungsrecht nicht unterrichtet ist; auch wenn er darüber unterrichtet ist, kann das Unterlassen eines Widerspruchs nicht ohne weiteres als Willenserklärung gedeutet werden. Vielmehr kann, selbst wenn dem Angeklagten ein Verteidiger zur

---

10) vgl.o.S.8o

11) BGH NJW 52,1426

1) So sprechen auch BGH 3,2o9 und KMR N 7 zu § 251 in diesem Zusammenhang von "Zustimmung".

2) aA Schwarz N 4 zu § 251

Seite steht, nur unter ganz besonderen Umständen von einer stillschweigenden Zustimmung des Angeklagten ausgegangen werden;[3] die stillschweigende Zustimmung des Verteidigers allein genügt nicht.

Wird ein Vernehmungsprotokoll verlesen, ohne dass die erforderliche Zustimmung der Beteiligten vorliegt, so kann die Rüge verwirkt werden; denn die Beteiligten haben es ja in der Hand, durch ihre Zustimmungserklärung die Verlesung zulässig zu machen. Liegt die Zustimmung keines der Beteiligten vor, müssen allerdings die subjektiven Verwirkungsvoraussetzungen bei allen Zustimmungsberechtigten gegeben sein.[4] Normalerweise wird angenommen werden können, dass der rechtskundige Staatsanwalt und der rechtskundige Verteidiger den Verstoss erkennen, der in der Protokollverlesung liegt, und vollends wird man annehmen können, dass ihnen die Möglichkeit bewusst ist, beim Gericht eine unmittelbare Vernehmung der Beweisperson anzuregen. Jedoch werden beim Angeklagten die subjektiven Verwirkungsvoraussetzungen selten gegeben sein; denn der Angeklagte, der der Verlesung selbst zustimmen muss und der deshalb auch bei fehlender Zustimmung in eigener Person die subjektiven Verwirkungsvoraussetzungen erfüllen muss, wird den in der Protokollverlesung liegenden Verfahrensverstoss in aller Regel nicht erkennen. Nur in den Fällen, da der Verteidiger den Angeklagten vertritt,[5] wo also der Verteidiger die Zustimmung für den Angeklagten erklären könnte, wird die Frage der Verwirkung praktisch.[6]

---

3) Für § 325: Jagusch bei Löwe-Rosenberg N 3b zu § 325; KMR N 2b bb zu § 325; BayObLG NJW 57,1566; RG ZStW 46 Beil. S.326. - Für § 251 I Ziff.4: Eb.Schmidt LK II N 14 zu § 251; Kohlhaas in NJW 54,537;- Geier bei Löwe-Rosenberg N 13 zu § 251 sieht offenbar bei dem von einem Rechtsanwalt verteidigten Angeklagten in der Unterlassung eines Widerspruchs eine Zustimmung.

4) vgl.o.S.77; vgl.die Nachweise in Anm.3

5) §§ 234, 411 II

6) Der Ansicht, wonach es bei Fortführung der Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten gemäss § 231 II der Zustimmung des Angeklagten nicht bedürfe (BGH 3,2o6; KMR N 7 zu § 251; Geier bei Löwe-Rosenberg N 13 zu § 251; Eb.Schmidt LK II N 11 zu § 231; aA Schwarz N 4 zu § 251), kann nicht

Verlangt indessen die Aufklärungspflicht des Gerichts eine unmittelbare Vernehmung der Auskunftsperson ohne Rücksicht auf eine Zustimmungserklärung der Beteiligten,[7] dann ist, wenn trotzdem die Vernehmung durch die Protokollverlesung ersetzt wurde, eine Rügeverwirkung nicht möglich.

§ 27. Fehlerhafte sachleitende Anordnungen des Vorsitzenden

Gegen Anordnungen des Vorsitzenden in der Hauptverhandlung, die sich auf die Sachleitung[1] beziehen, kann der betroffene Prozessbeteiligte das Gericht anrufen (§ 238 II). Diese Bestimmung des § 238 II erhält ihre besondere Bedeutung dadurch, dass Rechtsprechung und Lehre dazu neigen, die Revisionsrüge gegen eine sachleitende Anordnung des Vorsitzenden dann als ausgeschlossen anzusehen, wenn gegen die Anordnung nicht zuvor die Entscheidung des Gerichts nach § 238 II angerufen worden ist.

I. Der Ausschluss der Revisionsrüge wird zum Teil damit begründet, dass der absolute Revisionsgrund des § 338 Ziff.8 eine Verteidigungsbeschränkung durch einen "Beschluss des Gerichts" voraussetze.[2] Diese Berufung auf § 338 Ziff.8

---

gefolgt werden. Die Begründung, es würden durch die Fortführung der Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten dem Angeklagten auch sonst Erklärungsrechte beschnitten (BGH aaO; Eb.Schmidt aaO), kann nicht durchschlagen, da hier dem Angeklagten ja nicht ein Erklärungsrecht entzogen würde; denn §§ 251 I Ziff.4 und 325 geben den Beteiligten nicht ein Recht zum Widerspruch gegen die sonst zulässige Verlesung, sondern erst durch die Zustimmung wird die - sonst unzulässige - Verlesung zulässig.

7) vgl.BGH 9,232; BGH NJW 57,919; Jagusch bei Löwe-Rosenberg N 3b zu § 325; Kohlhaas NJW 54,537 Ziff.2 d

1) Sachleitende, der Beanstandung nach § 238 II zugängliche Anordnungen des Vorsitzenden sind u.a.: die vorläufigen Entscheidungen über Nichtvereidigung von Zeugen nach §§ 61f. (RG 44,66; 68,396; BayObLG DRZ 31 Nr.5o), die Zurückweisung einer Frage nach § 241 II, die Verlesung einer Urkunde nach § 249; die Begrenzung des Umfangs der Schlussvorträge (RG Rspr.4,153; 8,271), überhaupt Wortentziehungen und Fragen des Vorsitzenden an Angeklagte und Zeugen; vgl.Geier bei Löwe-Rosenberg N 1oc zu § 238.

2) Seibert, JR 52,47o, für den gleichliegenden Fall des

kann nicht überzeugen. Denn - das ist im Grundsätzlichen unbestritten - § 338 Ziff.8 will nicht besagen, dass nur solche Verteidigungsbeschränkungen, die durch einen Gerichtsbeschluss erfolgt sind, revisibel sind; Beschränkungen, über die kein Gerichtsbeschluss erging, sind vielmehr, wenn auf ihnen das Urteil beruht, nach § 337 revisibel. § 338 Ziff.8 hat nur insofern Bedeutung, als - durch Gerichtsbeschluss erfolgte - unzulässige Verteidigungsbeschränkungen absolute Revisionsgründe abgeben.[3]

II. Eine andere Frage ist es, ob man § 238 II als einen "Zwischenrechtsbehelf" ansehen muss, der vom Gesetz als Voraussetzung - als eine Art Vorschaltverfahren - für die Revisibilität einer sachleitenden Anordnung gedacht wäre, ob also die Revisionsrüge präkludiert ist, wenn nicht zuvor in der Hauptverhandlung die Entscheidung des Gerichts gegen die Anordnung des Vorsitzenden angerufen worden ist; so wie etwa ein fristgerechter Aussetzungsantrag nach § 217 II Voraussetzung für die Revisibilität bei Nichteinhaltung der Ladungsfrist ist.[4] Aus der üblichen apodiktischen Formulierung, dass sachleitende Anordnungen des Vorsitzenden grundsätzlich mit der Revision nur angegriffen werden könnten, wenn die Entscheidung des Gerichts gegen die Massnahme angerufen worden sei,[5] scheint diese Auffassung zu sprechen. Für eine solche

---

§ 242: Es ist Pflicht des Verteidigers, "seinen Klienten vor solchen Fragen zu schützen, die ihm unzulässig erscheinen, sie zu beanstanden und ... einen Gerichtsbeschluss darüber herbeizuführen. Sonst kann die Revision nachher nicht darauf gestützt werden. Denn § 338 Ziff.8 setzt voraus, dass 'die Verteidigung durch einen Beschluss des Gerichts unzulässig beschränkt worden ist'"; ähnlich Gage-Sarstedt S.111; vgl.auch RG JW 31,95o; RG GA 46,337; BayObLG 1949,75; Stock S.132.

3) Da diese Beschränkungen jedoch "in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt" erfolgt sein müssen, muss das "Beruhen" doch im konkreten Fall geprüft werden. Jagusch bei Löwe-Rosenberg N 18a zu § 338 spricht deshalb mit Recht davon, dass § 338 Ziff.8 neben § 337 ohne Bedeutung sei; ähnlich RG 44,345

4) vgl.o.S.83

5) RG JW 3o,76o; 33,52o; RG 71,23; BGH 3,369; Geier bei Löwe-Rosenberg N 13 zu § 238; Schwarz N 2 C zu § 238; Erbs N IX zu § 238

Auslegung des § 238 II und entsprechend des § 242 ergeben sich jedoch keinerlei Anhaltspunkte. Eb.Schmidt[6] weist zu Recht darauf hin, dass diese Bestimmungen den Prozessbeteiligten lediglich einen Behelf geben, "um alsbald - innerhalb der Hauptverhandlung und ohne zeitraubende (daher von § 305 ausgeschlossene) Beschreitung des Beschwerdewegs - die Frage zu klären, ob die höhere Prozessleitungsverantwortung des Gerichts als solchen tatsächlich die vom Vorsitzenden getroffene Anordnung zu decken vermag. Das bedeutet Klärung der Prozesslage in einer Situation, die den Zweifel erweckt, ob Gericht und Vorsitzender bezüglich der Zulässigkeit der Anordnung übereinstimmen oder nicht".
Im übrigen führt die Rechtsprechung den Grundsatz, dass sachleitende Anordnungen des Vorsitzenden nur dann revisibel sind, wenn gegen sie zuvor die Entscheidung des Gerichts angerufen wird, auch nicht lückenlos durch. Die Revisionsrüge wird in verschiedenen Fällen zugelassen, in denen es um Verstösse gegen zwingende Vorschriften geht.[7]

II. Die Nichtbeanstandung nach § 238 kann demnach nur dann zu einem Verlust der Revisionsrüge führen, wenn die Voraussetzungen der Verwirkung vorliegen.[8]

1. Das bedeutet in erster Linie, dass die Revisionsrüge dann nicht ausgeschlossen sein kann, wenn sie die Verletzung von Normen betrifft, die unter der Amtsmaxime stehen.[9] So kann

---

6) Eb.Schmidt LK II N 29 zu § 238; gegen diese Rechtsprechung äussert auch Niese JZ 53,221 Ziff.V 2 Bedenken.

7) OLG Köln NJW 57,1373: Verstoss gegen zwingendes Vereidigungsverbot;- BGH 1,273 und OLG Köln NJW 54,182o: Entscheidung über Vereidigung unterblieb überhaupt;- BGH 3,37o: Nichtgewährung des letzten Worts.

8) Eb.Schmidt LK II N 3o zu § 238; Niese JZ 53,221. Auch BGH 1,323 begründet den Rügeverlust mit Verwirkung; es bedeutet aber eine Unterstellung anzunehmen, dass die Beteiligten durch das blosse Unterlassen einer Beanstandung gemäss § 238 zu erkennen gegeben haben, dass "sie sich durch die Anordnung des Vorsitzenden nicht für beschwert hielten".Ebenfalls mit zum Kreis der Verwirkung gehörenden Erwägungen arbeiten: OLG Frankfurt NJW 47/48,395; OLG Köln MDR 55,311.

9) KMR N 1o zu § 337 engt die Verwirkungsmöglichkeit wegen Nichtausnutzung der Beanstandungsmöglichkeit des § 238 II ein auf Rügen wegen Verstössen gegen verzichtbare Rechte.

etwa die Rüge wegen einer entgegen § 6o erfolgten unzulässigen Vereidigung nicht verwirkt werden; denn das Vereidigungsverbot des § 6o ist von Amts wegen zu beachten und kann nicht durch Parteierklärungen oder sonstiges Parteiverhalten aufgehoben werden.[1o] In einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln[11] wird zu Recht ganz allgemein erklärt, dass bei Nichtgebrauch der Beanstandungsmöglichkeit des § 238 II die Revisionsrüge dann nicht ausgeschlossen sein kann, wenn es sich um einen eindeutigen Verstoss gegen ein zwingendes Vereidigungsverbot handelt. Das Urteil möchte - in den Fällen der Entscheidung über die Vereidigung - eine Möglichkeit des Rügeausschlusses nur dann anerkennen, wenn es sich um Ermessensentscheidungen handelt. Gemeint sind dabei die "vorläufigen" Entscheidungen des Vorsitzenden in Fällen, wo die Entscheidung an sich im Ermessen des Gerichts liegt (§§ 61f.). Hier soll die Revisionsrüge verwirkt werden können, die sich darauf stützt, "dass die höhere Prozessleitungsverantwortung des Gerichts die Entscheidung des Vorsitzenden nicht gedeckt" habe.[12] Nach der Rechtsprechung bedeutet jedoch die vorläufige Entscheidung des Vorsitzenden als solche gar keinen Prozessverstoss,[13] und damit steht der Partei auch keine Rüge zu, die sie verwirken könnte.- Unterläuft dem Vorsitzenden bei seiner vorläufigen Entscheidung über die Vereidigung ein Ermessensfehler (sei es, dass er sein Ermessen falsch ausübt oder einen Ermessensspielraum annimmt, wo er gebunden ist, oder sich für gebunden hält, wo ihm ein Ermessensspielraum eingeräumt ist), so kann die Rüge wegen dieses Fehlers nicht verwirkt werden, da die Vereidigungsnormen unter der Amtsmaxime stehen, die Parteien also nach dem Gesetz keinen Einfluss auf die Frage der Vereidigung haben.[14]

1o) RG 57,261; Noack S.99

11) NJW 57,1373; ähnlich BGH NJW 55,957

12) Eb.Schmidt LK II N 29 zu § 238; Noack S.98

13) BGH 1,216; RG 68, 396; Kern S.1o2

14) Deshalb ist die Entscheidung BayObLG 1949,78f.unrichtig: hier hatte der Vorsitzende die Vereidigung eines Zeugen

Der Grundsatz, dass Rügen wegen Verletzung von unter der Amtsmaxime stehenden Normen nicht verwirkt werden können, auch nicht infolge Unterlassens einer Beanstandung nach § 238 II, beschränkt sich nicht auf die Fälle der Entscheidung über eine Vereidigung. So erklärt der Bundesgerichtshof[15] die Rüge wegen Entziehung des letzten Worts für unverwirkbar, da die Erteilung des letzten Wortes zwingend vorgeschrieben sei.[16] Daher kann auch einer Entscheidung des Reichsgerichts[17] nicht gefolgt werden, wonach die Revisionsrüge wegen Nichtbeanstandung ausgeschlossen sein soll in einem Fall, da der Vorsitzende unzulässigerweise "festgestellt" hatte, dass ein Arzt von seiner Schweigepflicht entbunden sei, und ihn hierauf vernommen hatte.[18]

Verletzen die Anordnungen des Vorsitzenden dagegen Normen, die der Entfaltung der Verteidigung oder auch der Anklage dienen sollen, so ist eine Verwirkung der Revisionsrüge denkbar. So kann etwa der Angeklagte, wenn ihm der Vorsitzende aus falsch verstandener Fürsorge untersagt, sich während der Hauptverhandlung Aufzeichnungen zu machen, die Revisionsrüge hierwegen verwirken;[19] denn ob er sich durch derartige Aufzeichnungen für seine Verteidigung vorbereiten will, ist seiner eigenen Entscheidung vorbehalten. Ebenso liegt es, wenn der Vorsitzende eine Frage des Verteidigers an einen

---

abgelehnt, weil er sie für unzulässig hielt, während sie in Wirklichkeit im Ermessen des Gerichts stand. Wenn der Vorsitzende sich aber fälschlich für gebunden hielt, dann liegt ein Ermessensfehler vor, der - unabhängig von einer Beanstandung nach § 238 II - der Revision unterliegt.- Zu Recht hat BGH 1,273 die Möglichkeit einer Rügeverwirkung gar nicht geprüft in einem Fall, da eine Entscheidung über die Zeugenvereidigung gar nicht getroffen worden war. Darin, dass das Gericht, bzw. der Vorsitzende, über die in seinem Ermessen stehende Vereidigung nicht entschied, lag ein Ermessensfehler.

15) BGH 3,368

16) vgl. Hierzu aber o.S.71

17) RG 71,23

18) Allerdings wird hier die mangelnde Revisibilität auch mit Argumenten begründet, die an die "Rechtskreistheorie" des BGH in JZ 58,620 anklingen.

19) BGH 1,325

Zeugen zu Unrecht nicht zulässt,[2o] wenn dem Vertreter der Nebenklage zu Unrecht eine Erwiderung auf den Schlussvortrag des Verteidigers untersagt wird,[21] wenn dem Angeklagten zu Unrecht das Wort entzogen wird.[22]

2. Der subjektive Verwirkungstatbestand muss erfüllt sein, soll es zu einer Verwirkung kommen; der Revisionskläger muss also gewusst haben, dass die Massnahme des Vorsitzenden einen Prozessverstoss bedeutet, und er muss gewusst haben, dass ihm ein Beanstandungsrecht nach § 238 II zustand. Diese Voraussetzungen werden beim rechtsunkundigen Angeklagten in den seltensten Fällen vorliegen. Anders als in den Fällen, da das Gericht etwa die Bescheidung von Anträgen vergisst, wird man in aller Regel nicht annehmen können, dass der Angeklagte in konkreten Anordnungen des - ihm mit der Autorität des Richters gegenüberstehenden - Vorsitzenden Fehler erkennt, und noch weniger wird man annehmen können, dass ihm sein Beanstandungsrecht bekannt ist. Deshalb kann beim rechtsunkundigen und unverteidigten Angeklagten eine Verwirkung zumeist nur bei entsprechender Rechtsbelehrung durch den Vorsitzenden eintreten.[23] Doch wird der Vorsitzende, wenn er selbst Zweifel an der Zulässigkeit einer Massnahme hat, die ihn zu einer Rechtsbelehrung des Angeklagten veranlassen könnten, schon von sich aus eine Entscheidung des Gerichts herbeiführen.[24]

Anders beim rechtskundigen Verteidiger. Dass diesem das Beanstandungsrecht nach § 238 II bekannt ist, davon wird man regelmässig ausgehen können; ebenso davon, dass ihm rechtswidrige, seine Verteidigungsführung beschränkende

---

2o) RG JW 31,95o; OLG Frankfurt NJW 47/48,395

21) RG JW 3o,76o

22) RG GA 46,337

23) Niese JZ 53,221; Eb.Schmidt LK II N 3o zu § 238; KMR N 4d zu § 238; 1oc zu § 337; Seibert JR 52,47o; RG 65,246; - Alsberg JW 31,95o verlangt in dem von ihm besprochenen Fall auch eine Belehrung des rechtskundigen Verteidigers durch den Vorsitzenden.

24) Eb.Schmidt LK II N 3o zu § 238; Noack S.1o1

Anordnungen des Vorsitzenden in ihrer Fehlerhaftigkeit bewusst werden.
Auch wenn dem Angeklagten ein Verteidiger beisteht, kann es bei einer unzulässigen Beschränkung seiner eigenen Verteidigungsführung jedoch nur darauf ankommen, ob bei ihm persönlich die Verwirkungsvoraussetzungen vorliegen.[25)]

25) vgl. o. S.81; Eb.Schmidt LK II N 3o zu § 238; Noack S.1o2

Zusammenfassung

Bei bestimmten Verfahrensverletzungen wird die Revisionsrüge ausgeschlossen (verwirkt), wenn die Partei die Verfahrensverletzung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erkennt, sie in der Hauptverhandlung eine erfolgversprechende Möglichkeit hat, beim Vorsitzenden oder beim Gericht Abhilfe des Verstosses zu erreichen, sie diese ihr bekannte Möglichkeit jedoch nicht ausnutzt.

I.1. Eine Rügeverwirkung ist ausgeschlossen bei Verletzung solcher Verfahrensnormen, die dem Gericht von Amts wegen und ohne Rücksicht auf ein irgendwie geartetes Parteiverhalten eine bestimmte Prozessgestaltung vorschreiben.

2. Hingegen ist eine Rügeverwirkung grundsätzlich möglich bei Verletzung solcher Normen, die sich auf prozessuale Einwirkungsmöglichkeiten der Parteien beziehen.

a) Im wesentlichen handelt es sich hierbei

aa) um die fehlerhafte Behandlung von Parteianträgen,

bb) um Verfahrensgestaltungen, die - so wie sie erfolgen - nur zulässig wären, wenn bestimmte Parteiprozesshandlungen (z.B. Zustimmungserklärung zur Verlesung eines Vernehmungsprotokolls nach § 251 Ziff.4) vorlägen,

cc) um die unzulässige Verhinderung einer vom Gesetz zugelassenen Beteiligung der Partei am Verfahren (z.B. unzulässige Wortentziehungen),

dd) um die Unterlassung einer vom Gesetz vorgeschriebenen unterrichtenden oder überhaupt vorbereitenden Massnahme, die den Parteien eine sachdienliche Beteiligung am Verfahren ermöglichen soll (z.B. Unterlassung der Mitteilung der Anklageschrift oder des Eröffnungsbeschlusses).

b) Eine Verwirkung ist jedoch dann ausgeschlossen, wenn es sich

aa) um absolute Revisionsgründe handelt,

bb) um das Fehlen von in jeder Verfahrenslage zu beachtenden Prozessvoraussetzungen,

cc) um die Verletzung solcher Verfahrensnormen, die das Gesetz dadurch aus dem Kreis der übrigen Verfahrensnormen heraushebt, dass spezielle Vorkehrungen gegen eine Missachtung getroffen sind (z.B. § 136a).

II. Die Rügeverwirkung tritt mit Abschluss der Verkündung des Urteils ein.

III. Die Voraussetzungen der Rügeverwirkung sind für alle Prozessparteien dieselben.

IV. Der Verteidiger kann eine Rüge mit Wirkung für den Angeklagten nur dann verwirken, wenn es sich bei dem Verfahrensverstoss um eine Missachtung seiner eigenen prozessualen Stellung handelt; handelt es sich dagegen um eine Missachtung eigener Befugnisse des Angeklagten, die nicht durch die Stellung oder das Tätigwerden des Verteidigers bedingt sind, so kann die Rüge nur in der Person des Angeklagten selbst verwirkt werden.

V. Die Frage der Rügeverwirkung stellt sich gar nicht,

1. wenn ein Verfahrensverstoss als solcher überhaupt nicht revisibel ist,
2. wenn die benachteiligte Partei wirksam auf eine Rüge verzichtet hat,
3. wenn es sich um solche Verfahrensverletzungen handelt, die - ohne Rücksicht auf die Kenntnis der Partei vom Verstoss und von einer Abhilfemöglichkeit - bis zu einem bestimmten Verfahrensabschnitt gerügt werden müssen, soll die Rüge nicht ausgeschlossen sein (Rügepräklusion).

L e b e n s l a u f

Am 11.12.1933 wurde ich in Tübingen geboren. Mein Vater war der 1945 gestorbene Oberlandesgerichtsrat Karl Kiderlen; meine Mutter ist Frau Berta geb.Schoder. In Tübingen besuchte ich das humanistische Uhlandgymnasium und legte dort am 26.2.1953 die Reifeprüfung ab. Ich studierte acht Semester Rechtswissenschaft, und zwar SS 1953 und WS 1953/54 an der Universität Tübingen, SS 1954 und WS 1954/55 an der Freien Universität Berlin und SS 1955 bis WS 1956/57 wieder an der Universität Tübingen. Am 4.7.1957 bestand ich in Tübingen die Erste Juristische Staatsprüfung. Seither stehe ich im Vorbereitungsdienst als Gerichtsreferendar. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.